

CHAPITRE II Les donations avec faculté de substitution

- 1353** Comme les précédentes, les donations dont il va être question ci-après sont des actes innomés issus de la pratique.

(701) Art. 150 VC pour les plus-values immobilières et 150-0 D *ter* pour les plus-values de cession de titres sociaux réalisées par les dirigeants partant à la retraite.

(702) B. Jadaud, *La donation à terme*, op. cit. ; R. Gentilhomme, *Les donations complexes*, op. cit.

(703) B. Jadaud, *La donation à terme*, op. cit.

(704) Pour les plus-values immobilières, Inst. 4 août 2005 : BOI 8 M-1-05 § 27 ; pour les plus-values de cessions d'actions et de parts sociales, Inst. 13 juin 2001 : BOI 5 C-1-01 § 78. Ces instructions sont cependant antérieures à la réforme des plus-values immobilières issue de la loi de finances rectificative pour 2011 et à celle des plus-values de cession de titres issue de la loi de finances pour 2012.

(705) R. Gentilhomme, *Les donations complexes*, op. cit.

Contrairement aux précédentes, elles ne bénéficient pas d'une « appellation unique contrôlée », mais d'une multitude de dénominations (706). Un foisonnement sémantique qui participe sans doute à la confusion qui les entoure, et au peu d'échos qu'elles rencontrent encore aujourd'hui.

C'est pourquoi il convient en premier lieu de définir précisément les contours des donations avec faculté de substitution et d'en analyser le régime juridique (Section I). Nous mettrons ensuite en évidence les cas de figure où la donation avec faculté de substitution répond à un besoin de la pratique, avant d'en éprouver la validité (Section II) et d'examiner leur régime fiscal (Section III).

Section I Définition et régime de la donation avec faculté de substitution

Sous-section I Les contours de la donation avec faculté de substitution

La donation avec faculté de substitution n'est pas définie par le Code civil, et la jurisprudence à ce jour ne s'y est guère intéressée, signe du caractère encore confidentiel de cette libéralité atypique. **1354**

Pour une partie de la doctrine, la donation facultative ne serait rien d'autre qu'une donation avec faculté de substitution. Ainsi selon A. Gobin, la donation-partage facultative consiste à « *allotir chacun des enfants d'un immeuble (...) et à conserver la faculté sa vie durant de substituer à cet allotissement celui de la collection de tableaux (...). Elle se fonde sur un mécanisme de réversibilité* » (707). Plus récemment, F. Lejeune définissait la donation facultative comme « *un contrat par lequel le donateur donne immédiatement une chose unique, mais en se réservant la faculté de la remplacer ultérieurement par une autre* » (708).

Mais cette opinion est aujourd'hui largement contestée : la donation facultative et la donation avec faculté de substitution reposent en réalité sur des mécanismes et une philosophie différents. **1355**

Techniquement, la première est une donation à terme dans laquelle le transfert de propriété est différé au jour de l'exercice de l'option par le donateur. Une fois l'option exercée, elle devient irréversible. Dans la seconde, au contraire, la délivrance est instantanée, le donataire est immédiatement investi de l'ensemble des prérogatives d'un propriétaire sur la chose (709), mais le donateur se réserve la faculté d'y substituer telle autre chose.

(706) Quand elles sont distinguées des **donations facultatives**, elles sont parfois appelées « **donations assorties d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné** » (M. Grimaldi et R. Gentilhomme, *La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*, op. cit.), « **donations substitutives** » (96^e Congrès des notaires de France, 2000, le patrimoine au XXI^e siècle, p. 620), « **donations avec faculté de substitution** » (B. Cheuvreux, *La donation avec faculté de substitution*, *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, n° 174, p. 70), ou encore « **donations avec faculté de remplacement** » (F. Lejeune, *Donations facultatives : une souplesse adaptée à un monde qui change*, *Dr. et patrimoine*, mai 2008, n° 170, p. 22).

(707) A. Gobin, *Propos sur la réversibilité juridique*, *JCP N* 1995, n° 29, p. 1119.

(708) F. Lejeune, *Donations facultatives : une souplesse adaptée à un monde qui change*, op. cit.

(709) Sous réserve des restrictions susceptibles d'affecter la donation, et notamment l'interdiction d'aliéner.

La différence de philosophie est résumée en une phrase par le professeur Grimaldi : « *Alors que l'hésitation était le ressort de l'auteur d'une donation alternative ou facultative, la donation assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné est l'instrument de celui qui se réserve le pouvoir de se raviser* » (710).

On définira alors la donation avec faculté de substitution comme une **libéralité par laquelle le donateur transfère immédiatement la propriété d'une chose, en se réservant la faculté, postérieurement à la livraison, d'y substituer une autre chose.**

Sous-section II Le régime juridique de la donation avec faculté de substitution

- 1356** La confusion qui règne encore entre la donation facultative et la donation avec faculté de substitution nécessite une grande rigueur dans la rédaction, sous peine d'aboutir à un résultat inverse à celui recherché. Il faut distinguer les deux séquences du processus : la donation, puis la substitution.

§ I L'acte de donation

- 1357** Dans l'esprit des parties, le transfert de propriété est immédiat. Pour éviter toute ambiguïté sur ce point, il convient de le stipuler expressément dans l'acte de donation. A toutes fins utiles, on précisera également que la substitution, si elle intervient, n'aura pas d'effet rétroactif.

D'autre part, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité est ici absolument indispensable. Elle constitue une garantie d'efficacité de la donation avec faculté de substitution. Sa validité ne saurait être remise en cause, au regard des exigences des l'article 900-1 du Code civil, dès lors qu'elle est temporaire (711) et justifiée par la nécessité pour le donateur de préserver intacte sa faculté de substitution. On prévoira également une interdiction d'hypothéquer ou de nantir, selon que l'objet de la donation est un immeuble ou des titres sociaux. L'interdiction d'aliéner et d'apporter en garantie fera l'objet d'une inscription au fichier immobilier ou, s'agissant d'actions, dans les registres d'actionnaires, au compte du donataire (712).

Enfin la clause de substitution pourra être insérée dans une donation simple, comme dans une donation-partage. S'il s'agit d'une donation-partage avec réserve d'usufruit et si la prestation subsidiaire est une somme d'argent, il conviendra cependant de tenir compte des conséquences d'une substitution sur le règlement de la succession du donateur (Code civil, art. 1078). Une réversibilité de ce type n'est sans doute pas à recommander dans cette hypothèse, compte tenu des difficultés qu'elle engendrerait.

§ II La substitution

- 1358** Les modalités d'exercice de la faculté de substitution devront être clairement exprimées dans l'acte de donation, afin de laisser le moins de place possible aux conflits.

(710) M. Grimaldi et R. Gentilhomme, *La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*, op. cit.

(711) La jurisprudence valide les clauses d'inaliénabilité stipulées pour la durée de vie du donateur (Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1975, JCP 1976, II, 18240, note G. Thuillier).

(712) Voir sur ce point R. Gentilhomme, *Les donations complexes*, op. cit.

Devront notamment être précisés : la nature du bien de substitution (somme d'argent ou valeurs mobilières par exemple), la période durant laquelle la substitution sera possible, si cette faculté est personnelle au donateur ou si elle se transmet à ses héritiers, la forme de la notification au donataire (exploit d'huissier ou lettre recommandée), la méthode d'évaluation de l'objet principal (désignation d'un expert), les modalités de retour dans le patrimoine du donateur et la prise en charge des frais, etc. (713).

Section II Applications pratiques

L'intérêt des donations avec faculté de substitution pour la pratique apparaît avec évidence dans un certain nombre de configurations familiales et patrimoniales. Sans prétendre à l'exhaustivité, en voici deux illustrations. **1359**

Première illustration :

Madame Pierpoljak, fille unique, sait qu'elle héritera un jour du patrimoine conséquent détenu par sa mère, veuve âgée de 92 ans. Elle-même possède avec son mari, outre sa résidence principale, un immeuble de rapport très bien situé au cœur de Nantes.

Les époux Pierpoljak souhaitent initier un processus de transmission au profit de leurs enfants, lesquels ont besoin de revenus pour financer leurs études ou l'achat d'un logement. Ce projet est également motivé par des raisons fiscales : compte tenu de l'importance du patrimoine familial, il leur apparaît nécessaire de prendre date. Pour autant, ils ont réalisé l'acquisition de l'immeuble de rapport dans le but de compléter leur retraite le jour venu.

Sur le conseil de leur notaire, les époux vont donner à leurs enfants l'immeuble de rapport avec effet immédiat, en se réservant la possibilité d'y substituer, à tout moment, une somme d'argent d'une valeur équivalente.

Seconde illustration (714) :

M. Pierpoljak, dirigeant de société, envisage de transmettre à ses trois enfants une partie des titres de sa société, pour leur permettre d'en percevoir les dividendes. Il souhaite néanmoins garder la possibilité de récupérer la propriété de ces titres, soit pour le cas où l'un d'eux bloquerait le fonctionnement de la société, soit pour le cas où, aucun des enfants n'étant à même de lui succéder à la tête de son affaire, il déciderait de la céder à un tiers.

M. Pierpoljak consentira la donation-partage envisagée, mais en se ménageant la possibilité de substituer aux titres sociaux une somme d'argent d'un montant équivalent. L'acte stipulera que la somme d'argent sera remise au plus tard dans le mois suivant la substitution, laissant ainsi au donateur le temps de mobiliser la somme nécessaire, issue par hypothèse du prix de cession de son entreprise.

(713) Voir R. Gentilhomme et D. Montoux, *Formule de donation avec clause de substitution*, JCP N 2004, n° 15, 1183.

(714) Inspirée de M. Grimaldi et R. Gentilhomme, *La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*, op. cit.

On le voit, la donation avec faculté de substitution est un outil entre les mains des notaires, susceptible d'emporter la décision de clients candidats à la transmission anticipée.

Reste à en éprouver la validité juridique.

Section III La validité des donations avec faculté de substitution

1360 On vient de le voir, la donation avec faculté de substitution n'est pas une donation à terme. La problématique de la validité de ces dernières au regard de l'exigence légale de dessaisissement actuel n'atteint donc pas les donations avec faculté de substitution.

Elles doivent en revanche être confrontées à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations. Et sur ce point, le parallèle avec la donation facultative s'impose. En effet, si l'époque du transfert de propriété les distingue nettement, ces deux modalités de transmission entre vifs se rejoignent quant à l'objet. Dans tous les cas, la donation porte sur un objet principal, auquel le donateur se réserve la possibilité de substituer un objet subsidiaire.

Par conséquent, les arguments développés ci-dessus pour valider la donation facultative au regard de l'irrévocabilité spéciale valent aussi pour la donation avec faculté de substitution (715). Cette dernière sera valable si la règle de l'équivalence des prestations est respectée, appréciée au jour de la substitution (716).

Là encore, pour protéger le donataire contre une possible diminution de la valeur de l'objet principal et une application trop rigoureuse du principe de l'équivalence, l'acte de donation pourra stipuler qu'en cas de substitution, la prestation subsidiaire sera égale à la valeur de la prestation principale, appréciée au jour de la substitution ou, si elle est supérieure, au jour de la donation.

Section IV Le régime fiscal des donations avec faculté de substitution

1361 La donation avec faculté de substitution est d'une parfaite neutralité fiscale, aussi bien au regard des droits de mutation à titre gratuit (Sous-section I) qu'au regard de l'imposition des plus-values (Sous-section II).

Sous-section I Droits de mutation à titre gratuit

1362 Les droits de mutation sont exigibles au jour de la donation, sur la valeur de la chose dont la propriété est transférée, dans les conditions de droit commun.

(715) Le fait que la substitution intervienne, non pas avant comme dans la donation facultative, mais après l'exécution de l'obligation du donateur ne change rien à l'affaire (M Grimaldi et R. Gentilhomme, *La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*, op. cit.).

(716) *Supra* 1343.

La substitution, si elle a lieu, ne constitue pas une nouvelle donation. Comme pour les donations alternatives, les droits sont recalculés sur la valeur des biens substitués, appréciée au jour de la substitution et au tarif en vigueur à cette date (717). Si elle est supérieure à celle de l'objet initialement transmis, un supplément de droits est exigible. Si elle est d'égale valeur, seul le droit fixe est exigible. Si enfin elle est inférieure, il y a lieu en principe à restitution de droits (718).

Précisons que la faculté de substitution doit avoir été expressément prévue dans l'acte de donation. A défaut de quoi, il s'agirait d'une convention indépendante. Elle s'analyserait en une nouvelle donation avec charge d'anéantir la précédente, sans possibilité d'imputer les droits initialement acquittés, si sa valeur était supérieure (719).

Sous-section II Impôt sur les plus-values

Il faut envisager deux hypothèses : soit l'objet donné est vendu par le donataire, **1363** soit il est vendu par le donateur après exercice de sa faculté de substitution.

Le premier cas de figure ne soulève aucune difficulté : le prix de revient pour le calcul de la plus-value est égal à la valeur figurant dans l'acte de donation, retenue pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit.

La seconde hypothèse est moins évidente. Trois solutions sont *a priori* envisageables pour déterminer le prix de revient : la valeur d'entrée dans le patrimoine du donateur, la valeur retenue à l'acte de donation, ou encore la valeur du bien au jour de la substitution.

Qu'il s'agisse de plus-value immobilière ou mobilière, le prix de revient est en toute hypothèse égal au prix d'achat ou, en cas d'acquisition par succession ou donation, à la valeur retenue pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit (720). Or, comme le font à juste titre remarquer M. Grimaldi et R. Gentilhomme, « *la substitution ne constitue ni une cession, ni une mutation à titre gratuit, ni une acquisition, dès lors qu'elle est l'expression d'une faculté réservée dans la donation primitive* » (721). Nous avons d'ailleurs vu que la substitution est fiscalement neutre (elle n'est pas considérée comme une nouvelle donation).

En conséquence, la plus-value doit être liquidée en tenant compte de la valeur d'entrée dans le patrimoine du donateur, exactement comme si le bien ne l'avait jamais quitté, les opérations intercalaires (donation puis reprise) ne devant pas, en toute logique, être prises en considération.

(717) Maguéro, op. cit., n° 526.

(718) Hypothèse peu vraisemblable, le principe de l'équivalence interdisant que la valeur de l'objet substitué soit inférieure à celle du bien initialement transmis.

(719) Dict. enr., n° 1744.

(720) CGI art. 150 VB pour les plus-values immobilières et 150-0 D pour les plus-values de cession de droits sociaux.

(721) M. Grimaldi et R. Gentilhomme, *La donation de titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné*, op. cit.

Une volonté à l'épreuve du temps

Dans le même sens, pour la détermination de l'abattement pour durée de détention (722), il convient de retenir la première date d'entrée dans le patrimoine du donateur.