BIEN PENSER SA **DONATION AU DERNIER VIVANT**

Si votre patrimoine et celui de votre conjoint sont déséquilibrés, ou si l'un de vous a des enfants d'une première union, vous faites probablement partie des candidats à la donation au dernier vivant. Voici les options à prévoir et les pièges à éviter.

◎ CAROLINE MAZODIER

160 €
c'est le prix TTC d'une donation au dernier vivant. Il s'agit d'un acte authentique, passé forcément devant notaire. En général, le notaire en rédige deux (comptez alors 320 € TTC), les époux faisant chacun une donation en faveur de l'autre. Mais il arrive que seul un époux s'engage au profit de l'autre.

Lorsque vous êtes marié, quel que soit votre régime matrimonial, la loi organise très précisément la part dont votre conjoint hérite à votre décès. Celle-ci varie selon que des enfants ou parents viennent ou non à votre succession. Mais la loi vous autorise aussi à bouleverser cet ordre établi, en signant, devant notaire, une donation entre époux, aussi appelée « donation au dernier vivant » ou « donation de biens futurs » (puisque, par définition, au moment où on la signe, on ne sait pas de quoi son patrimoine sera fait au jour du décès). Elle permet de laisser au conjoint survivant plus que ce que prévoit la loi.

AVEZ-VOUS INTÉRÊT À EN FAIRE UNE ?

La donation au dernier vivant est très utile si vous craignez que la simple application des règles légales de l'héritage ne protège pas assez votre conjoint. Bien que les réformes de 2001 et de 2006 aient amélioré le sort du conjoint survivant dans les successions, en faisant de lui un héritier à part entière, la seule application de la loi ne permet pas de procéder à du sur-mesure.

Rééquilibrer la situation entre les époux. La donation au dernier vivant est un outil très prisé par les couples lorsque leur patrimoine est inégalement réparti, par exemple, parce que l'un des époux a reçu un gros héritage, ou que l'un a travaillé toute sa vie tandis que l'autre s'est consacré au foyer et n'a pas ou a très peu de biens personnels. L'inégalité peut aussi être accentuée par le régime matrimonial. Ainsi, les époux en séparation de biens n'ont pas de patrimoine commun (à la différence de ceux mariés sous le régime légal de la communauté). Au décès de l'un, l'autre ne se retrouve propriétaire que de ses biens propres. Si ces derniers sont quasi inexistants, sa part légale d'héritage sur le patrimoine du défunt (25 % en pleine propriété, auxquels il peut préférer 100 % en usufruit, si le couple n'a que des enfants communs) est susceptible de s'avérer insuffisante. Une donation au dernier vivant sera alors pertinente, car elle permettra au conjoint survivant de recevoir une part plus importante d'héritage, en l'occurrence 25 % du patrimoine en pleine propriété et 75 % en usufruit (voir p. 60).

Avantager son conjoint au sein de la famille. Si vous avez eu des enfants d'une précédente union, à votre décès, votre époux n'aura pas le choix : il recevra 25 % de votre patrimoine en pleine propriété et ne pourra pas opter pour la totalité en usufruit. La donation entre époux permet, a minima, de lui redonner cette possibilité de recevoir l'usufruit. *« En présence d'enfants d'un premier lit, il faut manier la donation au dernier vivant avec beaucoup de prudence et penser au-delà du décès du premier conjoint,* recommande Marion Capèle, directrice du pôle Solutions patrimoniales de Natixis Wealth Management. *Gardez en tête que, a priori, les biens qui seront laissés ainsi au conjoint survivant ne reviendront jamais dans la branche des enfants du premier lit. »* Notez, enfin, que consentir une telle donation n'est pas toujours suffisant. *« Il faut parfois accompagner cette solution d'autres outils, comme une donation de biens présents, ou une clause bénéficiaire de contrat d'assurance vie,* ajoute Marion Capèle. *Ainsi, un chef d'entreprise dont l'un des enfants souhaite prendre la relève sera bien inspiré d'effectuer une donation au dernier vivant au bénéfice de son épouse et de veiller, en parallèle, à consentir une donation sous le régime du pacte Dutreil au profit de cet enfant, pour lui confier les rênes de l'entreprise. »*

Réduire l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) des enfants. Une donation au dernier vivant présente également un grand intérêt lorsque les héritiers sont susceptibles d'être redevables de l'IFI. Lorsque le conjoint survivant opte pour l'usufruit de la succession en l'absence de donation entre époux, il n'est pas imposé à l'IFI pour la pleine propriété des biens immobiliers de la succession : il ne déclare que la valeur de l'usufruit de ceux-ci. *« Les enfants, nus-propriétaires, doivent, quant à eux, déclarer la valeur de la nue-propriété qu'ils possèdent et, le cas échéant, payer des droits dessus »,* avertit Nathalie Couzigou-Suhas, notaire. *« À l'inverse, lorsque le conjoint survivant opte pour les 100 % de la succession en usu-* •••

ILLUSTRATION : ALEKSI CAVALLEZ POUR LE PARTICULIER

Lexique

USUFRUITIER
Celui qui détient le droit d'utiliser un bien et d'en percevoir les fruits. Par exemple, habiter un logement ou en tirer un loyer. Il ne peut pas, en revanche, en modifier la consistance (creuser une piscine, créer une véranda), ni la destination (transformer un logement en local commercial…) sans l'accord du nu-propriétaire.

NU-PROPRIÉTAIRE
Celui qui détient un bien sans en avoir la jouissance. Il ne peut pas, en principe, vendre le bien sans l'autorisation de l'usufruitier.

Lexique

RÉSERVE HÉRÉDITAIRE
C'est la part qui revient légalement aux enfants du défunt, qu'ils soient ou non issus du mariage. Vous ne pouvez pas y porter atteinte sans leur accord.

QUOTITÉ DISPONIBLE C'est la part qui reste, quand on a retranché de la succession la réserve héréditaire. Elle peut être léguée ou donnée à qui vous voulez : conjoint, famille, proche, institution, etc.

CANTONNEMENT
C'est l'acte par lequel le survivant n'accepte qu'une partie de la donation au dernier vivant que le défunt lui a consentie.

••• *fruit en vertu d'une donation au dernier vivant, il est le seul à devoir déclarer le bien, pour sa valeur en pleine propriété.»* Si vous voulez simplifier la vie de vos enfants, mieux vaut transmettre l'usufruit de votre patrimoine à votre conjoint par une donation entre époux.

COMMENT RÉDIGER LA DONATION ?

C'est le notaire qui va s'en charger. Il n'y a pas une seule manière de le faire, chaque situation familiale et patrimoniale étant unique. Mais on retrouve souvent les mêmes formules, la plupart du temps, incompréhensibles pour le commun des mortels. N'hésitez pas à demander des explications à votre notaire. La donation peut porter sur un objet précis : la pleine propriété d'un ou de plusieurs biens (maison...) ou l'usufruit de toute la succession, par exemple. Mais l'acte offre aussi plusieurs options au donataire : il prendra sa décision après le décès du donateur. Ainsi, il est souvent prévu que la donation s'imputera, au gré du bénéficiaire, « sur l'une ou l'autre des quotités disponibles entre époux en vigueur au jour du décès du disposant ». Le conjoint survivant pourra alors choisir entre ces trois quotités :

- **100 % de la succession en usufruit** (ce qui lui permet d'encaisser le loyer d'un bien immobilier, d'habiter dans le logement familial, d'exploiter un fonds de commerce, etc.). C'est souvent la solution la plus avantageuse ;
- **100 % de la quotité disponible,** c'est-à-dire tout ce qui ne revient pas obligatoirement aux enfants. Cette option est intéressante si le défunt a moins de 3 enfants, car le conjoint survivant peut recevoir un tiers (en présence de 2 enfants) ou la moitié (avec 1 enfant) de la succession, alors qu'en l'absence de donation au dernier vivant, il ne peut prétendre qu'au quart de celle-ci ;
- **25 % de la succession en pleine propriété et 75 % en usufruit.**

Enfin, la donation peut prévoir que sera cédée à son conjoint « l'universalité de ses biens sans exception ni réserve ». Dans ce cas, la totalité des biens du défunt est transmise au conjoint, sauf si les héritiers réservataires du défunt en demandent la réduction (voir ci contre). La donation ne portera alors que sur l'une des quotités précitées. Cette formule, ajoutée à la possibilité pour le survivant de cantonner (voir p. 61), présente l'avantage de la souplesse. *« Au décès du donateur, tous les scénarios pourront être envisagés*, décrypte Julien Trokiner, notaire à Paris. *Le notaire en charge de la succession va pouvoir faire du sur-mesure et déterminer avec le conjoint survivant, en fonction de ses besoins, de la situation familiale et de la fiscalité applicable, quelle est la meilleure option et dans quelles conditions l'exercer.»* Mais attention, il s'agit de bien placer le curseur. Si le conjoint décide de tout recevoir et que les enfants renoncent à leur réserve, la facture fiscale sera avantageuse dans un premier temps, puisque la transmission se fera sans droits. Mais elle pèsera sur les enfants au moment du décès du second conjoint. Ceux-ci hériteront en une fois de la totalité du patrimoine et seront plus lourdement taxés (de par l'application d'un seul abattement, notamment).

→Zoom

ENFANTS, DÉFENDEZ VOS DROITS

Au moment où la donation entre époux est signée, le couple n'a pas forcément d'enfants. S'il en a, le notaire n'a pas, en tout état de cause, à les associer à cet acte, qu'ils ne peuvent d'ailleurs pas contester (contrairement au changement de régime matrimonial). Toutefois, il peut arriver, au décès du donataire, que l'application de la donation porte atteinte à leur réserve héréditaire. Ils ont la possibilité de laisser faire, afin de favoriser le parent bénéficiaire, mais aussi de demander la « réduction » de la donation. Il suffit, pour cela, d'envoyer un courrier simple au notaire. En cas de conflit, les enfants ont 5 ans à compter de l'ouverture de la succession pour exercer une action en réduction devant le tribunal judiciaire. Notez que pendant ce délai, la vente d'un bien compris dans la succession ne pourra se faire que sous réserve que les héritiers réservataires n'exercent pas leurs droits.

JULIEN TROKINER, notaire à Paris

LAURENT HINI POUR LE PARTICULIER

Ne confondez pas régime matrimonial et succession

Métaphoriquement, au décès du conjoint donateur, le notaire ouvre d'abord un premier « tiroir » : celui de la liquidation du régime matrimonial. Dans une communauté classique, par exemple, une moitié du patrimoine du défunt va au survivant et l'autre moitié va à la succession. Ensuite, le notaire ouvre le second tiroir : celui du règlement de la succession. C'est sur cette part, dont héritent les enfants et le conjoint survivant, que va s'appliquer le testament ou la donation au dernier vivant. Si, dès le stade du premier tiroir, le conjoint survivant a tout reçu du défunt en vertu d'une communauté universelle, le second tiroir sera vide et le testament ou la donation entre époux seront sans objet. Inversement, si les époux étaient séparés de biens et que le défunt avait le plus gros patrimoine, le survivant ne prendra pas grand-chose dans le premier tiroir ; donc, le second sera bien rempli.

PEUT-ON LA MODIFIER ?

La donation peut être modifiée à tout moment jusqu'au décès du donateur. En pratique, cela prend souvent la forme soit d'une annulation pure et simple (sans avoir à se justifier, ni même à prévenir le conjoint), soit d'un testament rédigé à la main et révoquant « toutes les dispositions antérieures ». Toutefois, il est fortement conseillé d'en discuter avec votre notaire. Ce dernier n'informera pas votre conjoint de votre décision. Notez qu'en cas de divorce, la donation entre époux est automatiquement annulée.

QUE SE PASSERA-T-IL À VOTRE DÉCÈS ?

Au décès, l'époux bénéficiaire va discuter des options possibles avec le notaire en charge de la succession. Il peut aussi choisir, après quelques mois de réflexion, de « cantonner » l'avantage que le défunt lui a consenti à ses seuls besoins (par exemple, en décidant de ne recevoir que 70 % de l'usufruit d'un bien, alors que la donation lui en accorde 100 %). Il permet ainsi aux enfants de recueillir une part plus importante, sans payer de droits de donation. Cet acte de cantonnement n'est possible qu'en cas de donation au dernier vivant. Établi par le notaire, il donne lieu à un émolument proportionnel à la valeur des biens cantonnés. ▬