

17 Pour un acte transnational (première partie)

La clause de droit de retour



BERTRAND SAVOURÉ
notaire associé à Paris – Groupe ALTHÉMIS



PASCAL JULIEN SAINT-AMAND
notaire associé à Paris – Groupe ALTHÉMIS



PASCALE SANSÉAU
notaire à Saint-Germain-en-Laye



YANN MOREAU-COTTEN
notaire à Paris – Groupe ALTHÉMIS

La planification patrimoniale s’inscrit aujourd’hui dans un contexte international fort : les stratégies nationales doivent donc être adaptées et harmonisées afin de s’assurer de leur parfaite efficacité et d’anticiper leurs impacts juridiques et fiscaux dans les pays concernés.

Ainsi, à l’occasion d’une donation présentant des éléments d’extranéité, il convient de s’interroger sur les clauses habituellement utilisées dans les contrats de droit français, afin de vérifier leur pertinence dans les pays où elles auront vocation à s’appliquer.

1 - Althémis Groupe vous propose, à l'occasion d'un cas pratique impliquant la France, la Belgique, l'Angleterre et la Suisse¹, d'étudier les conséquences de certaines clauses usuelles : ce premier article s'intéresse à la clause de droit de retour conventionnel.

Faits du cas pratique :

Monsieur et Madame Derennes sont français, résidents français, mariés sous le régime de la séparation de biens. Ils sont créateurs d'une entreprise française qui a connu une forte croissance au cours des années 2000.

Ils ont trois filles, Camille, Chloé et Charlotte, chacune mariée sous régime de la séparation de biens.

Elles vivent respectivement en Belgique (Chloé), en Suisse (Charlotte) et en Angleterre (Camille).

Leurs parents envisagent de leur faire une donation portant de manière égalitaire sur des sommes d'argent, détenues auprès d'une banque française :

- Camille entend utiliser la somme d'argent donnée pour monter une société de production de musique ;
- Chloé placera la somme d'argent donnée dans des supports financiers ;
- Charlotte utilisera la somme pour lancer sa marque de cosmétiques.

À cette occasion les parents envisagent en outre de leur transmettre une partie des titres de la société familiale en pleine propriété et en nue-propriété.

2 - Les filles étant installées à l'étranger, Althémis attire l'attention de Monsieur et Madame Derennes sur la nécessité de valider la reconnaissance et l'efficacité des clauses de leur donation dans leurs pays de résidence respectifs et leur propose d'étudier ces questions avec leurs partenaires locaux.

3 - **Préambule. – Loi applicable à la donation.** – L'appréhension d'une donation en droit international privé doit tenir compte de ses divers aspects.

La donation est en effet à la frontière de plusieurs branches du droit :

- entre le donateur et le donataire, elle constitue un contrat ;
- mais en tant que libéralité, son traitement dans la succession en matière de rapport et de calcul de réserve et de quotité disponible relève de la loi successorale du donateur ;
- enfin, en tant que portant sur des biens, elle doit se conjuguer avec la loi réelle du pays de situation des actifs.

4 - **Donation et règlement Rome I.** – Dans sa dimension contractuelle, la donation² relève du règlement n° 593/2008 du 27 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « règlement Rome I ») lequel pose le principe de l'autonomie de la volonté : le contrat de donation est ainsi régi par la loi choisie par les parties.

À défaut de la loi choisie, la loi applicable à la donation sera la loi de l'État dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la donation, le donateur étant le débiteur de la prestation caractéristique du contrat³. Par exception, dès lors que la donation portera sur un bien immobilier, la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble s'appliquera à défaut de choix de loi⁴.

5 - Conséquences successorales et règlement Successions.

– Les conséquences successorales de cette donation seront quant à elles régies par la loi successorale déterminée par le règlement Successions⁵ : ce dernier prévoit que la loi applicable à la succession est en principe celle de l'État de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Toute personne a cependant la faculté de désigner sa loi nationale pour régir l'ensemble de sa succession. Compte tenu de la situation de Monsieur et Madame Derennes (nationalité française, résidents français), leurs successions seraient donc aujourd'hui régies par la loi française.

6 - Il nous semble toujours essentiel d'assurer une totale cohérence entre les dispositions d'une donation et les règles qui seront applicables à la succession du donateur. Dans ce cas précis, considérant que Monsieur et Madame Derennes auront toujours la possibilité de désigner leur loi nationale française applicable à leur succession, la soumission de leur donation au droit français dans toutes ses composantes ne présentera donc pas de difficulté.

7 - Reste à s'assurer de la validité des différentes clauses de leur donation dans les pays de résidence de leurs filles, pays où les sommes données seront investies.

À l'occasion de cette analyse comparée, il pourrait apparaître plus opportun d'insérer des clauses issues du droit étranger lorsque celles-ci s'avèrent plus efficaces au regard des objectifs poursuivis par les époux Derennes : le règlement Rome I permet en effet de dépecer la loi applicable au contrat et de prévoir que certains aspects seront régis par une loi et d'autres par une autre, ce qui offre au praticien de larges perspectives pour mettre en place des dispositions transnationales sur-mesure, tout en conservant la cohérence de l'ensemble des dispositions lors de la donation et lors de la succession.

Les époux Derennes souhaitent intégrer une clause de retour conventionnel dans leur donation afin de prévenir l'hypothèse d'un prédécès de l'une de leurs filles. Les avantages de cette clause du point de vue français sont tant civils que fiscaux. Afin de conseiller Monsieur et Madame Derennes, il convient donc de vérifier l'efficacité et les conséquences de cette clause dans les différents pays concernés.

1. Ce cas pratique a été présenté lors des 7^e Rencontres Internationales Althémis qui se sont tenues le 18 octobre 2019.

2. La donation-partage, en tant que pacte successoral, relève cependant du règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012, dit « règlement Succession ».

3. PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 27 juin 2008, art. 4, § 2.

4. PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 27 juin 2008, art. 4, § 1.

5. PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012.

1. La clause de droit de retour en droit français

A. - Aspects juridiques du droit de retour en droit français

8 - Droit de retour conventionnel. – En droit français, l'article 951 du Code civil français prévoit la possibilité d'intégrer dans l'acte de donation une clause de retour conventionnel aux termes de laquelle le donateur réserve expressément à son profit un droit de retour en cas de prédécès du donataire ou en cas de prédécès du donataire et de ses descendants. Ce retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul.

Ce droit de retour s'analyse en une condition résolutoire de la donation en cas de décès du donataire avant le donateur. L'effet du droit de retour est donc l'anéantissement rétroactif de la donation et par suite, de toutes les aliénations et droits donnés par le donataire sur ledit bien (*C. civ., art. 952*).

Le droit de retour conventionnel constitue ainsi une modalité contractuelle de la donation reposant sur un accord entre le donataire et le donateur.

9 - Validité du droit de retour. – La validité du droit de retour relève de la loi applicable au contrat de donation : c'est donc cette loi qui détermine les conditions du droit de retour ainsi que ses effets contractuels. La loi applicable à la succession du donataire n'a donc pas vocation à s'appliquer au droit de retour conventionnel, et le bien donné est réputé n'avoir jamais été la propriété du donataire prédécédé ni faire partie de sa succession.

B. - Aspects fiscaux du droit de retour en droit français

10 - Du point de vue français, le droit de retour étant analysé en une résolution de la donation initiale, le retour n'entraîne aucune imposition au titre des droits de mutation à titre gratuit⁶.

L'article 791 ter du CGI permet en outre au donateur :

- de demander la restitution des droits payés lors de la donation initiale (*CGI, art. 791 ter, al. 2*) ;
- ou de retransmettre à un héritier en ligne directe les biens ayant fait retour au donateur, en imputant sur les droits dus ceux payés lors de la première transmission (*CGI, art. 791 ter, al. 1^{er}*).

C. - La clause de droit de retour en droit suisse

1° Aspects juridiques du droit de retour en droit suisse

11 - L'article 247 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse dispose que « *le donateur peut stipuler à son profit le retour des objets donnés, pour le cas de prédécès du donataire* ».

Ce droit de retour doit être expressément stipulé dans l'acte de donation. Malgré la lettre de cet article, il est admis que le droit de retour puisse être aménagé pour prévoir l'hypothèse

du retour en présence ou en l'absence de descendant du donataire.

2. La clause de droit de retour en droit belge

A. - Aspects juridiques du droit de retour en droit belge

12 - Les articles 951 et 952 du Code civil belge permettent d'insérer une clause de retour conventionnel dans les mêmes termes que le droit français.

Ainsi, la clause de retour conventionnel insérée dans l'acte de donation français dans l'hypothèse du prédécès de Chloé sera donc reconnue en Belgique.

13 - Clause de retour optionnel. – La pratique notariale belge, cherchant à assouplir les modalités de la clause de retour, a développé le mécanisme de la clause de retour optionnel. Celle-ci offre au donateur la faculté d'exercer ou non ce droit de retour lors du prédécès du donataire.

Cette souplesse apparaît notamment opportune lorsque le donataire prédécède en laissant pour lui succéder ses enfants mineurs et/ou un conjoint héritier d'une partie de la succession (en pleine propriété ou en usufruit) : dans une telle hypothèse, Monsieur et Madame Derennes pourraient choisir d'exercer ou non le droit de retour en fonction de la sensibilité des actifs (entreprise familiale) et des aptitudes de leur gendre (lequel pourrait agir, le cas échéant, en qualité d'usufruitier et/ou d'administrateur légal des enfants mineurs).

14 - Rappelons sur ce point qu'en l'absence de choix de loi pour sa loi nationale française, la loi successorale belge serait applicable à la succession de Chloé⁷. La loi successorale belge prévoit, outre une vocation légale du conjoint survivant de l'intégralité de la succession en usufruit, une réserve au profit du conjoint portant sur la moitié de la succession en usufruit. La réserve du conjoint porterait donc, en l'absence de droit de retour, sur les biens donnés si ceux-ci représentent une partie importante du patrimoine de Chloé à la date de son décès, ce que les époux Derennes pourraient éviter en choisissant d'exercer leur droit de retour.

B. - Aspects fiscaux du droit de retour en droit belge

15 - Absence d'imposition aux droits de succession. – Du point de vue fiscal belge, aucun droit de succession n'est dû en cas de retour conventionnel, les biens étant recueillis par le donateur en application de la clause résolutoire et non à titre successoral.

Contrairement au dispositif français, le droit fiscal belge ne prévoit aucun mécanisme de restitution ou d'imputation des droits acquittés lors de la donation initiale sur une nouvelle donation qui serait consentie par le donateur sur les biens ayant fait l'objet du retour.

6. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par l'administration fiscale dans sa base BOFiP (*BOI-ENR-DMTG-20-30-20-60, 22 juill. 2016, § 1*).

7. Conformément à l'article 21.1 du règlement Succession, en tant que loi de la résidence habituelle de Chloé.

16 - Monsieur et Madame Derennes pourraient alors être tentés d'inclure dans leur donation une clause de droit de retour optionnel, telle que celle-ci est pratiquée en Belgique afin de conserver la faculté de reprendre ou non les actifs donnés, en fonction notamment de la dévolution des actifs et de la fiscalité applicable.

Cependant, l'application de cette clause optionnelle tant que les donateurs sont résidents français soulève des difficultés.

En effet, du point de vue français, l'absence d'imposition aux droits de succession est fondée sur le caractère résolutoire du retour conventionnel. En tant que soumis à la condition de survie du donateur, le retour conventionnel contient en lui-même un aléa. En cas de réalisation de la condition résolutoire (le prédécès du donataire), la donation est rétroactivement anéantie et par conséquent le retour n'est pas assimilé à une libéralité taxable.

Le caractère résolutoire et, par essence, aléatoire justifie donc l'absence de taxation.

17 - L'insertion d'une clause de retour facultatif est de nature à remettre en cause cette analyse : du fait de la faculté laissée au donateur de récupérer ou non le bien initialement transmis, le caractère aléatoire et résolutoire est rompu. En cas d'acceptation du bénéfice du droit de retour, il ne peut être écarté que l'opération soit imposable aux droits de succession en France, excluant même peut-être la restitution de l'article 791 ter du CGI français. De même, en cas de renonciation au bénéfice du droit de retour, il pourrait être soutenu que cette opération constitue une double mutation (transfert successoral au profit de Monsieur et Madame Derennes, puis libéralité par ces derniers au profit des héritiers du donataire prédécédé).

18 - Nous recommanderons donc à Monsieur et Madame Derennes de retenir une clause de droit de retour automatique, compte tenu de la forte probabilité du maintien de leur résidence fiscale en France à ce stade.

Compte tenu de ces éléments, il apparaît que la clause de droit de retour insérée dans l'acte de donation devra être soumise au droit français et sera pleinement reconnue et efficace du point de vue belge.

19 - Sur le plan fiscal, en cas de prédécès de Chloé, Monsieur et Madame Derennes récupéreront les biens donnés sans fiscalité successorale ni en France, ni en Belgique. Du côté français, ils pourront demander la restitution des droits payés lors de la donation initiale ou leur imputation sur les droits dus à l'occasion d'une nouvelle transmission de ces actifs à leurs descendants.

Il ne sera pas possible de demander la restitution ou l'imputation des droits payés en Belgique : cependant, cet aspect apparaît sans intérêt dans la mesure où la donation envisagée portant sur des biens mobiliers français, elle n'est pas soumise à fiscalité en Belgique⁸.

8. Sous réserve que cette donation ne soit pas volontairement soumise à l'enregistrement en Belgique. En ce sens, P. Julien Saint-Amand, B. Savouré, Y. Moreau-Cotten, en collaboration avec G. Merrylees, E. de Wilde D'Estmael

3. La clause de droit de retour en droit suisse

20 - **Absence d'imposition aux droits fiscaux.** – Du point de vue fiscal, le droit de retour n'entraîne aucune imposition aux droits de succession.

Il n'existe en Suisse aucune disposition permettant de demander la restitution des droits payés lors de la donation initiale ou l'imputation de ces droits lors d'une nouvelle transmission des biens.

Cependant, il convient de rappeler que la Suisse dispose d'une fiscalité très favorable en matière de donation, déterminée au niveau cantonal. Dans la majorité des cantons les transmissions au profit des descendants sont le plus souvent exonérées.

21 - Compte tenu de ces éléments, il apparaît que la clause de droit de retour insérée dans l'acte de donation soumis au droit français sera pleinement reconnue et efficace en Suisse.

Sur le plan fiscal, en cas de prédécès de Charlotte, Monsieur et Madame Derennes récupéreront les biens donnés sans fiscalité successorale ni en France, ni en Suisse. Du côté français, ils pourront demander la restitution des droits payés lors de la donation initiale ou leur imputation sur les droits dus à l'occasion d'une nouvelle transmission de ces actifs à leurs descendants.

Il ne sera pas possible de demander la restitution ou l'imputation des droits payés en Suisse : cependant, la donation envisagée portant sur des biens mobiliers français, elle n'est pas soumise à fiscalité en Suisse.

4. La clause de droit de retour en droit anglais

A. - Aspects juridiques du droit de retour en droit anglais

22 - La *Common law* connaît la donation simple qui constitue un transfert de propriété d'une personne à une autre, qualifiée d'*outright gift*. Du point de vue anglais, la donation n'est réalisée qu'à partir du moment où le transfert est *completed*, ce qui signifie que le donateur ne doit plus avoir aucun droit sur les actifs donnés. Ce type de donation ne peut donc prévoir aucune restriction quant à la libre disposition du bien par le donataire et ne peut être assorti d'aucune condition. Le droit de retour constitue sans aucun doute une limite de propriété sur l'actif donné, puisqu'en cas de prédécès du donataire, celui-ci fera retour au donateur : en droit anglais, la donation ne deviendrait dès lors définitive qu'au décès du donateur.

23 - **Trust.** – En présence d'une donation « incomplète », la pratique anglaise considère que la donation est effectuée *via* un *trust*. Ainsi, lorsque le donateur souhaite transmettre à ses enfants tout en conservant la possibilité de récupérer les biens

et P. Sanséau, *La famille dans tous ses États (deuxième partie)* : RFP 2019, étude 14.

donnés en cas de prédécès du donataire, on parle de *reversionary trust*.

24 - Reversionary trust. – Par analogie, la donation de droit français qui contiendrait un droit de retour au profit du donateur initial pourrait alors être analysée, du point de vue anglais, comme constitutive d'un tel *reversionary trust* constitué par Monsieur et Madame Derennes dans lequel ils conserveraient un « *reversionary interest* », c'est-à-dire un intérêt dans la propriété donnée, lequel se détache du droit de propriété lui-même.

Civilement, dans l'hypothèse où le droit de retour s'exercerait au profit de Monsieur et Madame Derennes, le bien initialement donné devrait être exclu de la succession anglaise de Camille et de la procédure de probate.

B. - Aspects fiscaux du droit de retour en droit anglais

25 - Fiscalement, si l'on considère que la donation contenant un droit de retour est constitutive d'un *reversionary trust*, les biens donnés seront considérés comme ayant été apportés à un *settlement*. La fiscalité d'une telle opération relève de l'*Inheritance Tax* (IHT) est en principe la suivante :

– lors de l'apport du bien (création du *settlement*) : taxation au taux de 20 % après application de l'abattement applicable⁹, ce qui correspond à la moitié du taux de l'IHT ;

– lors de la succession du *settlor*, si son décès intervient plus de 7 années à compter de la date de l'apport, il n'y aura pas de taxation à l'IHT. Si le décès du *settlor* intervient avant 7 ans, le transfert sera taxable à l'IHT et le montant acquitté lors de la création du *settlement* sera déduit des droits dus à l'occasion du décès ;

– en complément, le *trust* est soumis à une imposition tous les 10 ans au taux de 6 % sur la valeur des actifs détenus.

Cependant, conformément aux règles de territorialité applicables au Royaume-Uni, la taxation à l'IHT n'est due sur les actifs étrangers que dans l'hypothèse où le *settlor* (ici, le donateur) est domicilié en Angleterre ou est considéré comme *deemed-domiciled*, c'est-à-dire résident depuis plus de 15 exercices fiscaux au cours des 20 derniers exercices.





26 - Ainsi, dès lors que les actifs donnés sont situés en dehors du Royaume-Uni et que les donateurs ne sont pas domiciliés ou *deemed domiciled* au Royaume-Uni, la donation ne sera pas taxable en Angleterre, et ce, même dans le cas où cette donation serait qualifiée de *settlement* contenant apport en *trust*. Ce *trust* serait en effet qualifié d'un point de vue fiscal d'*excluded property trust* hors du champ d'application de l'IHT.

27 - Compte tenu de ces éléments, il apparaît que la clause de droit de retour insérée dans l'acte de donation soumis au droit français serait efficace en Angleterre.

Sur le plan fiscal, en cas de prédécès de Camille, Monsieur et Madame Derennes devraient donc récupérer les biens donnés sans fiscalité successorale ni en France, ni en Angleterre. Du côté français, ils pourront demander la restitution des droits payés lors de la donation initiale ou leur imputation sur les droits dus à l'occasion d'une nouvelle transmission de ces actifs à leurs descendants.

Du côté anglais, l'opération ne devrait générer aucune imposition lors de la donation : l'imputation ou la restitution des droits apparaît donc sans objet.

5. Synthèse sur la clause de droit de retour

	C I V I L			F I S C A L		
	Existence de la clause de droit de retour	Application en cas de décès du donataire avec ou sans descendance	Aménagement possible & alternative locale	Absence de droit de succession lors du retour	Imputation des droits acquittés lors de la donation	Restitution des droits acquittés lors de la donation
	✓	✓	Non applicable	✓	✓	✓
	✓	✓	Clause de retour optionnel	✓	✗	✗
	✓	✓	<ul style="list-style-type: none"> Doit être expressément convenu Aménagements possibles 	✓	Pas de fiscalité	
	✗	✗	Trust	Risque d'assimilation à un <i>reversionary trust</i>		

9. Actuellement cet abattement global sur l'*estate* est de £ 325 000.