

# ACTES PRATIQUES

## ET STRATÉGIE PATRIMONIALE

Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel

TRIMESTRIEL N° 2

AVRIL-MAI-JUIN 2013  
ISSN : 1956-3477

RÉDACTEUR EN CHEF :  
Benoît MARCHAND

COMITÉ SCIENTIFIQUE :

Claude BRENNER, Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS,  
François FRULEUX, Laurent GAYET, Stéphane JACQUIN,  
Jean PRIEUR, Serge ANOUCHIAN

### Idée nouvelle

**La nouvelle imposition  
des plus-values en cas  
de cession d'entre-  
prise : la tempête  
après la tempête !**

Jean-François DESBUQUOIS  
(p. 1)

### Le point sur

**Les donations substi-  
tutives et le droit  
de retour convention-  
nel : comparatif civil  
et fiscal**

Pierre-Alain GUILBERT  
(p. 69)

### DOSSIER

## Les stratégies fondées sur les nouvelles donations

Marceau CLERMON,  
*notaire, Maître de conférences associé à  
l'université Paris-Dauphine*

Nathalie JURCZAK,  
*diplômée notaire, C&C notaires*

François FRULEUX,  
*Docteur en droit, DSN  
Directeur du Jurisclasseur Fiscal traité  
enregistrement  
Chargé de cours aux universités d'Auvergne,  
catholique de Lille et à l'AUREP  
Consultant en fiscalité*

Christel TESSIER,  
*diplômée notaire, C&C notaires*

**D**ans un contexte généralisé de hausse de la fiscalité patrimoniale, les donations n'ont pas échappé à une refonte en profondeur de leur régime fiscal.

A tel point que l'on a même pu se demander si une transmission anticipée du patrimoine avait toujours un sens.

Pourtant, à y regarder de plus près, les donations sont encore la source de réelles économies fiscales. Mais pour cela, il convient de procéder à une analyse plus approfondie, de mettre en œuvre une ingénierie plus technique, et de saisir les opportunités.

Les cas des donations avant cession, des donations graduelle ou résiduelle et de la donation-partage transgénérationnelle sont à ce titre symptomatiques.

## 2 Les donations substitutives et le droit de retour conventionnel : comparatif civil et fiscal



Pierre-Alain GUILBERT,  
notaire,  
14 Pyramides Notaires

Tous les auteurs et praticiens s'accordent pour affirmer qu'un bon schéma de transmission patrimoniale doit avant tout reposer sur des considérations civiles et familiales. L'éventuel gain fiscal de l'opération ne doit constituer qu'une cerise sur le gâteau de la paix des familles. Cela est d'autant plus vrai quand chacun des trois ou quatre collectifs budgétaires annuels emporte son lot de réformes modifiant la fiscalité du patrimoine et rend rétroactivement catastrophiques les montages les plus ingénieux. Pour autant, le conseiller patrimonial et rédacteur d'actes ne peut omettre de renseigner parfaitement ses clients quant aux conséquences fiscales des mécanismes qu'il leur propose ou met en musique. Il en va ainsi en matière de donation dès lors que l'on aborde la question des charges graduelles ou résiduelles et du droit de retour. La volonté d'un grand-père de donner ses biens à son fils à charge pour lui de les conserver et éventuellement de les transmettre à la génération suivante pourra avoir des conséquences très différentes selon la valeur du bien donné et l'évolution des droits d'enregistrement entre la donation et le décès du fils. L'attrait civil d'une donation graduelle peut être mis à mal par ses conséquences fiscales, connues ou non. A l'inverse, une transmission classique sur plusieurs générations peut être grandement allégée fiscalement grâce à ces mécanismes sans pour autant avoir recours à la donation-partage transgénérationnelle qui impose un saut de génération immédiat. Aussi devons-nous adapter notre conseil et nos réflexes de praticiens aux réelles volontés de (toute) la famille et tenir le plus grand compte de toutes leurs conséquences. Avant de démontrer les conséquences fiscales des clauses que l'on peut insérer dans nos actes, chiffres à l'appui, rappelons leurs buts et effets civils.

### LE DONATEUR SOUHAITE MAÎTRISER LA DÉVOLUTION FUTURE DU BIEN DONNÉ : DONATION SUBSTITUTIVE OU DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL ?

La très grande majorité des donations notariées renferme des clauses instaurant un droit de retour conventionnel au profit du ou des donateurs. Elles sont beaucoup moins nombreuses à prévoir une clause graduelle ou résiduelle au profit d'un donataire en second. Certains ont pu s'interroger avec raison quant à la possibilité de recourir à l'une ou l'autre pour prémunir un donateur contre les effets induits par le prédécès d'un enfant ayant reçu une donation<sup>1</sup>. Nous nous attacherons ici à définir les finalités civiles<sup>2</sup> de l'une (B) et l'autre (C) après avoir brièvement rappelé l'existence d'un autre droit de retour légal, quant à lui d'ordre public (A).

#### A. - Le droit de retour légal des père et mère

L'article 738-2 du Code civil dispose que « lorsque les père et mère ou l'un d'eux survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, ils peuvent dans tous les cas exercer un droit de retour, en concurrence des quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738, sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation. La valeur de la portion des biens soumise au droit de retour s'impute en priorité sur les droits successoraux des père et mère. Lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur, dans la limite de

*l'actif successoral* ». Ce texte étant d'ordre public, les parents donateurs ne peuvent y renoncer. En outre, celui-ci ayant été déjà beaucoup commenté, et pouvant s'articuler avec le droit de retour conventionnel, nous ne nous attarderons que sur ce dernier.

#### B. - Le droit de retour conventionnel

Aux termes de l'article 951 du Code civil, le donateur peut stipuler le droit de retour des objets donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. L'article 952 poursuit en précisant que l'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens et des droits donnés, et de faire revenir ces biens et droits au donateur, libres de toutes charges et hypothèques, exceptée éventuellement l'hypothèque légale des époux.

Une telle stipulation sera parfaitement adaptée, et même indispensable, si le donateur souhaite absolument recouvrer la propriété du bien donné, quelle que soit sa nature, en cas de prédécès du donataire, avec ou sans postérité. Il pourra toujours y renoncer ultérieurement s'il le souhaite, par exemple pour permettre au donataire de disposer à titre onéreux ou gratuit de l'objet de la donation.

La mise en jeu de cette clause permet au donateur de redevenir propriétaire de l'objet de la libéralité et de choisir lui-même ce qu'il en fera, généralement dans le but de le

1. V. Cordier : « Prévenir les difficultés liées au prédécès d'un enfant dans les libéralités », JCPN N°51, 24 décembre 2010, 1386.

2. Les incidences fiscales seront étudiées infra.

conserver dans la famille. Il pourra le redonner lui-même à ses petits-enfants ou aux frères et sœurs de l'enfant défunt dans des conditions fiscales pouvant être avantageuses<sup>3</sup>.

Un auteur s'est employé à démontrer avec talent et précision<sup>4</sup> que de nombreuses questions restent sans réponses jurisprudentielles claires et sans unanimité doctrinale : comment s'exerce le droit de retour lorsque la donation où il est stipulé est un partage d'ascendants conjonctif ou cumulatif, ou encore quand cette donation-partage comporte une soule ou une charge ? En outre, bien que la pratique notariale mentionne le plus souvent dans ses actes que le droit de retour s'exercera « sur les biens présentement donnés ou ce qui en serait la représentation », instaurant ainsi un retour en valeur<sup>5</sup> et non plus en nature, la solution n'est pas prévue par la lettre des articles 951 et 952 qui n'envisagent que le retour des biens eux-mêmes.

Cette interprétation restrictive pourrait rendre le retour très dangereux en matière de donation de somme d'argent dans la mesure où, si l'on poussait le raisonnement au bout, sa mise en jeu aurait pour effet d'annuler rétroactivement les actes dans lesquels ces sommes auraient pu être employées. Sauf à stipuler dans la donation que le droit de retour s'exercerait sur « les sommes données ou ce qui en serait la représentation ». Malgré certaines divergences doctrinales, lorsqu'il a été stipulé que le retour conventionnel s'exercerait « sur les biens donnés ou sur ceux qui en seraient la représentation », donc possiblement en valeur plutôt qu'en nature, il a été décidé que le donateur était fondé à exercer son droit sur les biens acquis par le donataire avec le produit de la réalisation des titres de rente donnés (CA Paris, 6 janv. 1973 : Journ. not. 1973, art. 51704). On ne voit d'ailleurs pas sur quel fondement on pourrait interdire à des parties contractantes de décider des modalités de la résolution conventionnelle de leur contrat et des restitutions qui peuvent en résulter.

Une autre stipulation figure dans la plupart des donations notariées : le droit de retour ne jouera que si le donataire décède sans postérité ou si ses descendants sont eux-mêmes décédés avant lui. Les donateurs à qui cette clause est expliquée l'approuvent généralement en considérant comme normal que les enfants de leurs donataires, leurs propres petits-enfants, héritent à leur tour des biens donnés. Mais ont-ils conscience du fait que cela aura pour effet de transmettre également une partie des biens donnés aux autres ayants-droit du donataire : son conjoint<sup>6</sup>, ses légataires, et éventuellement ses créanciers.

L'aménagement de la clause est sans doute envisageable, dans une certaine mesure, mais comment expliquer à un donataire que le droit de retour jouera à son décès, sauf s'il laisse des descendants mais aucun autre ayant-droit ? Acceptera-t-il d'avoir ainsi à déshériter son conjoint pour permettre à ses enfants d'hériter de l'objet de la donation ? Osera-t-on seulement aborder la question avec lui ? Dans une telle optique, si le donateur souhaite prévoir une dévolution spécifique de ses biens, on pourra lui conseiller de recourir à la charge graduelle ou résiduelle.

### C. - Rendre la donation graduelle ou résiduelle

– **La charge graduelle** En vertu de l'article 1048 du Code civil : « Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ». Cette clause graduelle permet au donateur de maîtriser, au-delà de sa propre vie, la dévolution des biens qu'il est en train de donner. Toutefois, cette maîtrise ne peut s'appliquer au-delà

de deux générations<sup>7</sup>. L'article 1049 précise : « La libéralité ainsi consentie ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé. Lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées (...) ».

Cette clause impose au donataire de conserver en nature l'objet de la donation sa vie durant afin d'en assurer la remise à une personne déterminée à son décès. Le donateur ayant les préoccupations visées ci-dessus peut ainsi atteindre son but. Il ne pourra décharger le donataire grevé de cette charge que de son vivant, et à condition que les donataires en second n'en aient pas encore accepté le bénéfice<sup>8</sup>. On retiendra à ce sujet que la donation graduelle ou résiduelle peut, par exception à l'article 932, être acceptée par les donataires en second après le décès du donateur<sup>9</sup>. Ce dernier et le donataire grevé auront donc souvent intérêt à ne pas la leur faire accepter dès l'acte initial pour conserver la possibilité de disposer des biens autrement, d'un commun accord. En outre, il pourra être parfois plus intéressant pour des donataires en second de ne pas accepter la donation consentie par le donateur initial s'ils sont également héritiers du donataire grevé<sup>10</sup>.

Une réserve d'importance doit être formulée au sujet de l'insertion d'une telle clause dans une donation faite au profit d'un héritier réservataire : « Si le grevé est héritier réservataire du disposant, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible. Le donataire peut toutefois accepter, dans l'acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l'article 930, que la charge grève tout ou partie de sa réserve »<sup>11</sup>. Il s'agit là d'un frein évident au développement de cette clause si le donataire est héritier réservataire sauf s'il accepte la charge dans les conditions susvisées. Mais cela ne sera pas opposable à ses propres enfants s'ils ne sont pas les donataires en second par parts égales.

– **La charge résiduelle** Il peut également être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera de la donation faite à un premier gratifié à la mort de celui-ci<sup>12</sup>. A la différence de la graduelle, la charge résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants. Lorsque ces biens ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis. Pour assurer un minimum d'efficacité dans le temps à cette clause beaucoup moins contraignante que la graduelle, le donateur pourra l'accompagner d'une interdiction d'aliéner, autre clause usuelle<sup>13</sup>.

L'article 1059 apporte d'utiles précisions : « Le premier gratifié ne peut disposer par testament des biens donnés ou légués à titre résiduel. La libéralité résiduelle peut interdire au premier gratifié de disposer des biens par donation entre vifs. Toutefois, lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale ». On peut ici constater que lorsqu'elle grève un donataire héritier réservataire, la « résidualité » de la donation est illusoire si celle-ci n'est pas préciputaire. Si elle est consentie en avance de part successorale, le « grevé » conserve en effet tous les attributs du droit de propriété dont la liberté de disposer à titre onéreux ou gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Comme la donation graduelle, la résiduelle consentie à un réservataire n'est efficace que si elle n'est pas consentie en avance de part successorale. Si elle est précipu-

7. Celle du donataire grevé et du donataire en second (C. civ. art. 1053).

8. Il s'agit alors de révoquer la donation consentie à leur profit (C. civ. art. 1055).

9. C. civ. articles 1055 et 1061.

10. Notamment pour des raisons fiscales (V. infra).

11. C. civ. art. 1054.

12. C. civ. art. 1057.

13. Qu'il faudra veiller à bien causer et à limiter dans le temps.

3. Voir infra

4. Article précité de M. Vincent Cordier.

5. Sorte de créance du donateur contre la succession du donataire.

6. Lequel ne sera pas nécessairement le père ou la mère des petits-enfants.

taire, elle ne pourra donc concerner que la quotité disponible du donateur, lequel abandonnera au passage une partie de sa liberté de disposer à titre gratuit pour l'avenir.

Un intérêt majeur peut cependant résulter de l'insertion de cette clause dans une donation rapportable, même portant sur la réserve, avec toute la liberté que cela laisse au donataire grevé. On le devine, cet intérêt est fiscal<sup>14</sup>.

En outre, bien que l'article 1054 susvisé<sup>15</sup> ne vise que le cas de la charge la graduelle, on ne voit aucune raison pour ne pas étendre cette exception à la résiduelle.

### Quelques difficultés engendrées par les libéralités graduées et résiduelles :

#### \* Obligation de conservation en nature ou en valeur ?

On a vu précédemment qu'il n'était pas évident, pour certains, que le droit de retour conventionnel puisse s'exercer autrement qu'en nature malgré la pratique notariale contraire. La subrogation de nouveaux biens à ceux originaires donnés semble (encore) moins permise par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1049 du Code civil dans l'hypothèse de la mise en jeu de clauses graduées ou résiduelles. En effet, on ne peut que remarquer que la loi de 2006 a pris le soin d'écarter la possibilité d'une restitution en valeur alors pourtant que celle-ci, en plus d'être souhaitée par le notariat, était prévue dans le projet Carbonnier dont le législateur s'est très largement inspiré<sup>16</sup>.

Mais certains auteurs n'y voient pas une contrainte d'ordre public insusceptible d'être écartée conventionnellement<sup>17</sup>. D'autres ont même soutenu avec conviction qu'une libéralité graduelle pouvait ne comporter qu'une obligation de conservation en valeur, et proposé des formules en ce sens<sup>18</sup>.

En attendant les premières décisions judiciaires, la prudence nous incitera à conseiller au donateur qui souhaiterait laisser au donataire grevé la possibilité de subroger d'autres biens à ceux donnés, d'apporter préalablement ces derniers à une société et de donner les parts de la société. Le patrimoine de cette dernière pourra ensuite évoluer au gré des volontés de son associé principal ou unique. Cela risque cependant d'engendrer un frottement fiscal conséquent.

#### \* QUID de l'insertion d'une clause résiduelle ou graduelle dans une donation-partage ?

La présence d'une charge substitutive dans une donation-partage est-elle susceptible de mettre en péril sa nature même ? A l'instar de la jurisprudence antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, certains considèrent le décès d'un donataire grevé, et la transmission des biens au donataire en second (l'« appelé »), comme emportant résolution de la libéralité consentie au défunt. L'appelé étant réputé tenir ses droits directement du donateur en vertu de l'article 1051 du Code civil, et le donataire grevé serait rétroactivement censé n'avoir jamais été propriétaire. Que devient alors, au regard de l'article 1078, la donation-partage qui comporte une clause graduelle ou résiduelle si un des enfants en est rétroactivement exclu ? Celle-ci ne bénéficierait plus de la fixité des valeurs au jour sa signature. Lors de la succession du donateur, elle serait réunie fictivement pour la valeur des biens donnés au jour du décès du donateur. Une solution à cette difficulté pourrait consister en l'attribution à chaque enfant d'au moins un lot qui ne serait pas grevé d'une charge substitutive. La donation-partage deviendrait alors rétrospectivement inégalitaire, si la théorie ci-dessus exposée était bonne, mais la fixité des valeurs prévue par l'article 1078 ne serait plus écartée.

Il nous semble toutefois contraire à l'esprit du législateur de proscrire les charges substitutives des donations-partages dans lesquelles elles trouvent évidemment leur place naturelle. Son fondement juridique nous semble en outre limité et lié à une confusion entre la double libéralité successive (cas de la libéralité substitutive) avec la double libéralité conditionnelle alternative qui repose sur l'effacement rétroactif de la première libéralité par la seconde. En l'absence de jurisprudence, la prudence doit cependant rester de mise.

### D. - Conclusion du civiliste

Nous avons essayé de démontrer au cours des développements qui précèdent que :

- le droit de retour conventionnel permet au donateur de maîtriser parfaitement, tant qu'il est vivant, la dévolution des biens qui lui font retour lors du prédécès de son donataire. Il lui suffit de les redonner ou de les léguer à la personne de son choix. Il peut même les vendre et consommer leur prix. Si, en revanche, il ne survit pas au donataire, l'avenir des biens dépendra de la volonté de ce dernier.

- l'insertion d'une clause graduelle ou résiduelle permet en revanche au donateur de maîtriser cette dévolution au-delà de sa propre vie, même si le donataire lui survit (ce qui est heureusement généralement le cas) mais avec moins de souplesse puisque le donataire en second est désigné *ab initio*. Même si l'heureux élu n'accepte pas le bénéfice de la donation du vivant du donateur, lequel pourra alors la révoquer et dégrever le donataire initial de sa charge, l'appelé n'en sera pas pour autant remplaçable par un autre.

Le choix entre l'une et l'autre de ces clauses, ou l'insertion bien articulée d'un droit de retour et d'une charge substitutive, dépendra de la volonté du donateur et de l'avenir qu'il envisage pour ses biens à moyen ou long terme. C'est alors que le fiscaliste intervient pour éclairer ces choix et, parfois, les modifier ou les inciter.

14. V. infra pour une démonstration chiffrée.

15. Lequel donne la possibilité de grever la réserve héréditaire d'une charge graduelle en recueillant l'accord du réservataire dans l'acte de donation ou dans les formes d'une RAAR

16. cf. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, « Des libéralités. Une offre de loi. » Defrénois, p. 82 et s. – voir aussi Sébastien Huyghe, rapport Assemblée Nationale, p. 279 : « La libéralité résiduelle constitue donc une libéralité avec charge, par laquelle le second gratifié est censé tenir ses droits directement du disposant (...). Par conséquent, s'il regrette le caractère restrictif de cette seconde condition, votre rapporteur reconnaît qu'elle est nécessaire au maintien d'une fiction civile, qui est l'une des originalités juridiques de la libéralité résiduelle et permet de justifier son statut fiscal avantageux ».

17. V. Marc Nico « Libéralités graduées et résiduelles : quelques difficultés d'interprétation », JCPN 2008, n° 29,

18. F. Collard et B. Travelet « L'obligation de conservation en valeur au secours de la libéralité graduelle » – JCPN 2012, n° 14.

## LES CONSÉQUENCES FISCALES DU CHOIX DU DONATEUR (OU QUE CHOISIR POUR LIMITER LES DROITS DE MUTATION ?)

### A. - La fiscalité du droit de retour conventionnel

#### 1° La mise en jeu du droit de retour

– **Absence de taxation du retour** L'article 763 bis du Code général des impôts (CGI) prévoit que le droit de retour légal institué en faveur des père et mère ne donne pas lieu à la perception des droits de mutation à titre gratuit. Cette absence de taxation est acquise que le retour s'exerce en nature ou en valeur. Lorsque le droit de retour s'exerce en valeur, il s'exécute dans la limite de l'actif successoral. Lorsque les biens donnés sont des espèces, le droit de retour s'exerce pour la valeur nominale de la somme donnée.

La mise en œuvre du droit de retour conventionnel s'analyse quant à elle en un anéantissement rétroactif de la donation ne donnant pas non plus lieu à perception<sup>19</sup>.

– **La restitution des droits** L'article 791 ter du CGI permet, en cas de retour légal ou conventionnel des biens au donateur de demander la restitution des droits de mutation à titre gratuit acquittés lors de la donation.

La demande de restitution doit être effectuée dans le délai légal de réclamation à compter du décès du donataire, soit avant le 31 décembre de la deuxième année qui suit le décès du donataire. Lorsque les droits ont été acquittés par le donataire, cette demande en restitution pourra être faite par ses héritiers ou légataires et ceux-ci doivent faire figurer à l'actif brut de la succession du donataire une créance égale au montant de la demande en restitution. Lorsque les droits ont été acquittés par le donateur, seul celui-ci pourra en demander la restitution.

#### 2° La « re-donation » des biens ayant fait retour

– **L'imputation des droits** Le même article prévoit qu'en cas de donation en ligne directe de biens antérieurement transmis à un premier donataire en ligne directe et ayant fait retour au donateur en application des articles 738-2, 951 et 952 du Code civil, les droits acquittés lors de la première donation sont imputés sur les droits dus lors de la seconde si celle-ci intervient dans les cinq ans du retour.

Ainsi, l'imputation des droits acquittés lors d'une donation antérieure sur le fondement de l'article 791 ter du CGI est subordonnée aux conditions suivantes :

- la première donation doit avoir été effectuée en ligne directe ;
- la seconde donation doit également être effectuée en ligne directe ;
- les biens transmis lors de la première donation doivent réintégrer le patrimoine du donateur en vertu du droit de retour légal des père et mère ou du droit de retour conventionnel ;

– enfin, la seconde donation doit intervenir au plus tard cinq ans après le retour des biens dans le patrimoine du donateur, ce délai étant décompté de date à date.

Il est précisé au BOFIP que le bénéfice de ce dispositif n'est pas subordonné au fait que les droits aient été acquittés par le donateur lors de la première donation.

Par ailleurs, il est admis que l'intégralité des droits acquittés lors de la première donation soit imputée lors de la seconde donation, même si celle-ci ne porte que sur une partie seulement des biens ayant fait retour dans le patrimoine du donateur.

– **Combinaison des deux mécanismes (imputation et restitution)**

Le donateur peut avoir recours aux mécanismes d'imputation et de restitution de manière combinée lorsque les biens ayant fait retour dans son patrimoine font l'objet d'une nouvelle donation avant le 31 décembre de la deuxième année qui suit le décès du donataire. L'articulation de ces deux possibilités semble toutefois difficile à imaginer, à l'exception de quelques cas marginaux<sup>20</sup>.

#### 3° La renonciation au droit de retour conventionnel par le donateur

Le donateur est toujours libre de renoncer à son droit de retour tant que le donataire est vivant. Cette renonciation peut porter sur tous les biens donnés ou n'être que partielle. Il est également admis que le donateur puisse encore renoncer après le décès du donataire, s'il lui semble opportun de permettre aux héritiers de ce dernier de recevoir les biens directement de leur auteur. Cependant, dans cette dernière hypothèse, le retour ayant déjà produit tous ses effets à l'instant du décès, la renonciation entraînera une nouvelle mutation taxable, mais pas toujours dans les conditions favorables rappelées ci-dessus. Par exemple, il sera plus intéressant pour des enfants de bénéficiaire des abattements de leur père (100.000 €) et des tranches (de 5 à 45 %) que de ceux de leur oncle (abattement de 7.967 € et taux unique de 55 %), surtout s'ils ne peuvent imputer aucun droits de mutation au titre de la première donation. Il en ira autrement dans bien d'autres situations<sup>21</sup>. Une simulation sera bien entendu nécessaire dans chaque cas particulier pour éclairer la décision des parties, étant entendu que celle du donateur devra intervenir avant le décès du donataire pour être fiscalement efficace. Même si le patrimoine de la famille en question et les lois fiscales sont appelés à être modifiés entre la donation et l'éventuelle mise en œuvre du retour, ces calculs pourront être opportunément réalisés avant la signature de la donation. Cela est même indispensable si le donataire a une espérance de vie limitée. Le droit de retour pourra ainsi être exclu, aménagé, ou renforcé en amont puisqu'il ne le sera probablement plus jusqu'à sa mise en jeu, et qu'il sera ensuite trop tard.

On notera ici une différence substantielle avec la libéralité graduelle ou résiduelle qui, si elle n'a pas été acceptée par le bénéficiaire en second (l'appelé), peut encore l'être ou ne pas l'être à la suite du décès du donataire grevé. Les deux charges pourront d'ailleurs être prévues et bien articulées entre elles pour ne pas se contrarier.

### B. - La fiscalité des libéralités substitutives

L'article 784 C du CGI et la documentation fiscale<sup>22</sup> précisent le régime fiscal commun aux libéralités graduelles et résiduelles en reprenant la doctrine administrative relative au legs « de residuo »<sup>23</sup>, en l'étendant à toutes les libéralités graduelles et résiduelles.

En conséquence, en présence de libéralités graduelles ou résiduelles, le légataire ou le donataire institué en premier est redevable des droits de mutation à titre gratuit sur l'actif transmis dans les conditions de droit commun. Le légataire ou donataire institué en second n'est redevable d'aucun droit lors de la première mutation.

Au décès du premier légataire ou donataire, l'actif transmis est taxé d'après le degré de parenté existant entre le testateur ou le donateur et le second légataire ou donataire. Le régime

19. V. pour une étude complète du sujet : X. Bouché et X. Guédé : «Le nouveau régime fiscal du droit de retour», Revue Fiscale du Patrimoine n° 9, septembre 2012, et le BOFIP : BOI-ENR-DMTG-20-30-20-60.

20. V. article précité de X. Guédé et X. Bouché.

21. Les exemples chiffrés ci-après le démontrent.

22. BOI-ENR-DMTG-10-20-50-10

23. BOI-ENR-DMTG-10-10-10-10 §200

fiscal applicable et la valeur imposable des biens transmis au second légataire ou donataire sont déterminés en se plaçant à la date du décès du premier gratifié. Autant dire que l'on est incapable d'assurer la moindre sécurité aux parties sur ce point. S'il est généralement acquis que le bien donné sera amené à prendre de la valeur, l'instabilité fiscale des dernières années nous démontre que l'on ne pourra pas renseigner nos clients utilement quant au taux d'imposition qui sera applicable à l'appelé lors du décès du donataire grevé. Il s'agit là d'un des inconvénients majeurs des libéralités substitutives. On pourrait certes imaginer rendre la charge graduelle ou résiduelle elle-même conditionnelle, et préciser que la condition ne sera réalisée que si la fiscalité ne dépasse pas un certain seuil lors du décès du donataire grevé, mais cette manière de procéder est déplaisante. On préférera se contenter de ne pas faire accepter le bénéfice de la libéralité aux donataires en second avec le double risque qu'ils l'acceptent de leur propre chef<sup>24</sup> s'ils en connaissent l'existence, ou qu'ils ne l'acceptent jamais si, précisément, ils n'en ont pas connaissance et ne sont pas eux-mêmes ayants-droits du grevé lors de son décès. Une inscription au fichier de l'ADSN pourrait se révéler pertinente pour pallier ce risque.

Comme en cas de « re-donation » en ligne directe de biens ayant fait l'objet d'un retour<sup>25</sup>, les droits acquittés par le premier légataire ou donataire sont imputés sur les droits dus sur les mêmes biens par le second légataire ou donataire. Toutefois, l'imputation est ici possible même si les transmissions ne se font pas en ligne directe, ce qui n'est pas le cas en matière de droit de retour.

Cette imputation est également admise lorsque les droits dus sur la première transmission ont été pris en charge par le donateur. Les droits acquittés lors de la donation ne sont en revanche jamais restituables.

## QUELQUES EXEMPLES CHIFFRÉS

Bien que la réalité soit toujours différente, nous partons du postulat simplifié, voire simpliste :

- que la fiscalité (abattements, assiette, barème) et la valeur des biens donnés n'évoluent pas entre deux transmissions,
- que les patrimoines du donateur et des donataires ne comportent pas d'autres biens,
- et que les biens donnés subsistent intégralement en nature dans le patrimoine du donataire prédécédé.

Les quatre situations étudiées auront chacune pour but de comparer les coûts de la « seconde » transmission d'un bien qui avait été donné à un donataire<sup>26</sup>, à l'occasion de son décès. Les trois hypothèses étudiées dans chaque cas seront les suivantes :

- 1ère hypothèse : le donateur consent une nouvelle donation des biens ayant fait l'objet d'un retour conventionnel,
- 2ème hypothèse : les biens sont transmis par le jeu d'une clause graduelle ou résiduelle, acceptée par le(s) donataire(s) en second,
- 3ème hypothèse : en l'absence de droit de retour et de libéralité substitutive acceptée, les biens sont transmis aux héritiers par le jeu de la dévolution successorale classique.

Si une donation générant des droits de mutation est consentie à une personne autre qu'un descendant du donateur et que celui-ci envisage de le transmettre (même à l'un de ses propres descendants ou de ceux donataire) en cas de prédécès du donataire, il sera fiscalement préférable d'insérer une charge graduelle ou résiduelle plutôt qu'un droit de retour. En outre, on ne serait alors pas confronté aux difficultés de l'insertion de ces clauses dans une donation-partage ou au respect de la réserve héréditaire<sup>26</sup>.

Dans le cas d'une libéralité résiduelle, pour déterminer le montant des droits imputables lors la seconde mutation, il y a lieu de liquider à nouveau les droits dus lors de la première libéralité sur une base réduite, en fonction du reliquat existant au jour de la seconde libéralité.

En cas de décès du donateur avant celui du premier gratifié, lors de la seconde transmission, il est admis que l'abattement applicable demeure celui existant en cas de mutation à titre gratuit entre vifs. Ainsi, par exemple, en cas de décès du grand-père donateur, lorsque le second gratifié est un petit-enfant, ce dernier bénéficiera de l'abattement prévu à l'article 790 B du CGI (31.865 €) et non de celui prévu au IV de l'article 788 du CGI (1.594 €).

Le troisième alinéa de l'article 752 du CGI prévoit que la présomption de propriété prévue à l'alinéa premier n'est pas appliquée aux biens ayant fait l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle.

Les principes étant posés, analysons quelques situations concrètes au moyen d'exemples dont l'objectif est de démontrer que le notaire, conseil avant d'être rédacteur<sup>27</sup>, ne peut faire l'économie de simulations avant de proposer un projet d'acte à ses clients.

### A. - Transmission en ligne directe par un grand-père ayant un enfant et deux petits-enfants

#### 1° Transmission d'un bien d'une valeur de 100 000 €

La donation initiale du grand-père au profit du fils est exonérée car son assiette est égale au montant de l'abattement de l'article 779 du CGI, soit 100.000 €.

##### - 1ère hypothèse :

Au décès du fils, si le grand-père bénéficie d'un droit de retour (lui-même non imposé) et redonne le bien à ses petits-enfants, la nouvelle donation ne bénéficiera d'aucune imputation de droits mais sera exonérée car, bien qu'il n'existe qu'une seule souche, l'Administration admet que les petits-enfants viennent fiscalement à la donation par représentation de leur père<sup>29</sup>. Ils se partageront donc son abattement de 100.000 €, celui-ci étant reconstitué par suite de la résolution rétroactive de la première donation.

La seconde donation sera donc exonérée, comme la première.

##### - 2ème hypothèse :

Au décès du fils, les petits-enfants reçoivent le bien par le biais d'une clause graduelle ou résiduelle en étant réputés l'avoir reçu de leur grand-père. La transmission ne bénéficie d'aucune imputation de droits car la première n'en a pas généré et est taxée ainsi pour chaque petit-enfant :

$$((50.000 - 31.865) \times 20\%) - 1.806 = 1.821 \text{ €}$$

Soit un total de 3.642 €

##### - 3ème hypothèse :

Au décès du fils, les petits-enfants reçoivent le bien dans la succession de leur père, sans fiscalité grâce aux abattements.

24. L'acceptation d'une donation peut se faire par acte notarié à la seule initiative du donataire, hors la présence du donateur, et même contre son gré, dès que lors qu'aucune révocation n'est intervenue auparavant.

25. V. *Supra*

26. Sauf si le donataire est le conjoint du donateur, lequel est réservataire en l'absence d'enfant.

27. A tout le moins d'un point de vue chronologique...

28. Le saut de génération de son vivant par le biais d'une donation-partage transgénérationnelle réincorporative est un autre sujet qu'il convient évidemment de maîtriser mais dont le présent article n'est pas l'objet.

On voit ici clairement l'intérêt de ne pas prévoir l'acceptation de la donation substitutive, dès l'acte, par les donataires en second. Dans notre exemple, il aurait été fiscalement regrettable que les appelés soient contraints de « bénéficiaire » de cette donation substitutive à leur profit. Toutefois, si la succession de leur père avait été, par ailleurs, taxable à un taux supérieur à 20 %, la solution aurait été différente.

## 2° Transmission d'un bien d'une valeur de 1.000.000 €

La donation initiale du père au fils est ici soumise aux droit de mutation pour :

$$((1.000.000 - 100.000) \times 30\%) - 57.036 = 212.964 \text{ €}$$

### - 1ère hypothèse :

Au décès du fils<sup>30</sup>, si le grand-père bénéficie d'un droit de retour, il peut obtenir la restitution des 212.964 €, et redonner immédiatement le bien à ses petits-enfants. La nouvelle donation ne bénéficiera pas de l'imputation des droits s'ils ont été restitués, mais elle sera taxée moins lourdement, puisque dans cette hypothèse les petits-enfants bénéficieront d'un double abattement : le leur, en tant que petits-enfants (31.865 €), et celui de leur père (100.000 €)<sup>31</sup>. Les droits seront calculés ainsi si l'on retient la méthode prudente<sup>32</sup> :

$$((1.000.000 - 100.000 - 31.865 - 31.865) \times 30\%) - 57.036 = 193.845 \text{ €}$$

Ou ainsi, pour chaque petit-enfant, si l'on retient la méthode favorable de Monsieur FRULEUX :

$$((500.000 - 50.000 - 31.865) \times 20\%) - 1.806 = 81.821 \text{ €}$$

Soit un total de 163.642 € pour les deux.

On observe ici que le jeu du droit de retour permet une transmission du bien du fils aux petits-enfants en franchise fiscale.

Coût total de la double transmission : 193.845 € ou 163.642 € selon la méthode retenue.

Enfin, il convient de souligner que si les droits de la première donation avaient été acquittés par le fils et non pas par son père, les droits auraient été restitués aux petits-enfants qui les auraient alors déclarés à l'actif de la succession de leur père, et auraient été taxés à ce titre.

### - 2ème hypothèse :

Au décès du fils, que le grand-père soit toujours en vie ou non, les petits-enfants reçoivent le bien en étant réputés l'avoir reçu de leur grand-père. Cette seconde transmission ne donnera pas lieu à restitution des droits versés lors de la donation, mais bénéficiera de l'imputation de ces droits même s'ils ont été acquittés par le donateur. Le calcul des droits est différent de l'exemple précédent car il n'est plus ici question de représentation :

$$((500.000 - 31.865) \times 20\%) - 1.086 = 91.821 \text{ €}$$

Soit un total de 183.642 €

Le montant des droits (183.642 €) étant inférieur à ceux acquittés initialement (212.964 €), la transmission ne sera pas taxable, mais elle ne donnera lieu à aucune restitution.

Coût total de la double transmission : 212.964 €

### - 3ème hypothèse :

Au décès du fils, les petits-enfants reçoivent chacun le bien dans la succession de leur père moyennant le paiement des droits suivants<sup>33</sup> :

$$((500.000 - 100.000) \times 20\%) - 1.806 = 78.194 \text{ €}$$

Soit un total de 156.388 €.

Bien entendu, dans ce cas les droits versés lors de la donation ne font l'objet d'aucune restitution.

Coût total de la double transmission : 369.352 €

## B. - Donation d'un bien d'une valeur de 1.000.000 € par un père à l'un de ses trois enfants

La donation au profit du fils qui décèdera sans postérité, laissant un frère et une sœur, est soumise aux droits de mutation pour :

$$((1.000.000 - 100.000) \times 30\%) - 57.036 = 212.964 \text{ €}$$

### - 1ère hypothèse :

Au décès du fils, si le père bénéficie d'un droit de retour, il peut obtenir la restitution des 212.964 € de droits, et redonner immédiatement le bien à ses autres enfants. La nouvelle donation ne bénéficiera pas de l'imputation de droits s'ils ont été restitués mais sera taxée pour un montant inférieur à la précédente pour chacun :

$$((500.000 - 100.000) \times 20\%) - 1.806 = 78.194 \text{ €}$$

Soit un total de 156.388 €.

On observe ici que le jeu du droit de retour permet une transmission du bien du fils défunt à ses frères et sœur en franchise fiscale.

Coût total de la double transmission : 156.388 €<sup>34</sup> (en cas de décès du fils avant son père, à défaut ce sera 587.163 € comme dans la 3ème hypothèse).

### - 2ème hypothèse :

Au décès du fils, que le père soit toujours en vie ou non, ses autres enfants reçoivent le bien en étant réputés l'avoir reçu de lui et non pas de leur frère. Cette seconde transmission ne donnera pas lieu à restitution des droits versés lors de la donation, mais bénéficiera de l'imputation de ces droits même s'ils ont été acquittés par le donateur. Le calcul des droits est identique à l'exemple précédent. Le montant des droits (156.388 €) étant inférieur à ceux acquittés initialement (212.964 €), la transmission ne sera pas taxable, mais elle ne donnera lieu à aucune restitution.

Coût total de la double transmission : 212.964 €

Dans cet exemple, la libéralité substitutive est *a priori* moins favorable que le droit de retour si le père survit à son fils. En revanche, elle présente toujours l'avantage évident d'être encore utilisable après le décès du donateur, ce qui n'est évidemment pas le cas du droit de retour.

### - 3ème hypothèse :

Au décès du fils, les enfants survivants, s'ils héritent seuls de leur frère<sup>35</sup>, reçoivent le bien dans sa succession moyennant le paiement des droits suivants :

$$((500.000 - 15.932) \times 45\%) - 2.443 = 215.387 \text{ €}$$

Soit un total de 430.775 €.

Bien entendu, dans ce cas les droits versés lors de la donation ne font l'objet d'aucune restitution.

Coût total de la double transmission : 587.163 €

Cet exemple nous permet de démontrer qu'en pareille situation, il peut être opportun de stipuler dans l'acte un droit de retour pour le cas de survie des parents et une clause

30. Nous considérerons ici que l'anéantissement rétroactif de la donation initiale expliqué dans l'exemple précédent permet de ne plus en tenir compte, que celle-ci date de plus ou moins de 15 ans.

31. BOI-ENR-DMTG-20-30-20-20

32. V. a contrario : F. Fruleux : « Régime fiscal de la représentation : synthèse et mise en œuvre, les donations en ligne directe », JCPN 6 avril 2012, point n° 12, selon lequel « Pour ce qui concerne l'application du taux de l'impôt, les descendants peuvent, nonobstant le cumul d'abattements, bénéficier chacun intégralement en totalité de la première tranche du tarif progressif de 5 à 45% en ligne directe (...) ». Le BOFIP est semble-t-il quant à lui silencieux à ce sujet, mais la logique de la représentation (qui ne servirait alors plus qu'à faire bénéficier les petits-enfants d'un abattement complémentaire) nous semble exclure ce mode de calcul pourtant très favorable.

33. Les droits seraient identiques au décès du grand-père si le droit de retour avait joué à son profit et que celui-ci avait conservé les biens jusqu'à son décès, par le jeu de la « représentation » fiscale. Observons également que si les droits de la donation initiale avaient été acquittés par le fils, ses enfants auraient également pu en obtenir la restitution mais que leur montant aurait alors été fiscalisé dans sa succession.

34. Sans compter, là encore, le coût éventuel de la transmission des droits de mutation restitués.

35. Cas du précédés des parents et de l'absence de conjoint.

résiduelle ou graduelle, selon la liberté que le donateur veut laisser au donataire, pour le cas de prédécès de ces derniers.

### C. - Transmissions en ligne collatérale

**Situation : donation d'un bien d'une valeur de 1.000.000 € par un frère à sa sœur unique** qui a elle-même deux enfants.

Cette donation est soumise aux droits de mutation pour :  
 $((1.000.000 - 15.932) \times 45\%) - 2.443 = 440.387 \text{ €}$

#### - 1ère hypothèse :

Au décès de sa sœur, si le frère bénéficie d'un droit de retour, il peut obtenir la restitution des 440.387 € de droits, et redonner immédiatement le bien à ses deux neveux, enfants de sa sœur. La nouvelle donation ne bénéficiera pas de l'imputation des droits car tant la première donation que la seconde ne sont pas réalisées en ligne directe. Elle sera donc taxée ainsi pour chaque neveu sans qu'aucun mécanisme de représentation ne puisse jouer :

$$((500.000 - 7.967) \times 55\%) = 270.618 \text{ €}$$

Coût total de la double transmission : 541.236 € (en cas de prédécès de la sœur, à défaut ce serait 596.775 € comme dans la 3ème hypothèse).

Soulignons cependant que les droits de mutation initiaux restitués au frère, ou aux héritiers de la sœur si celle-ci les avait acquittés, seront eux-mêmes imposés lors de leur transmission : soit au décès du frère, dans le premier cas, soit immédiatement dans la succession de la sœur. Ce constat rend encore plus intéressant le recours à la libéralité substitutive :

#### - 2ème hypothèse :

Au décès de la sœur, que le frère soit toujours en vie ou non, les neveux reçoivent le bien par le biais de la clause graduelle ou résiduelle en étant réputés l'avoir reçu de leur oncle. Cette seconde transmission ne donnera pas lieu à restitution des droits versés lors de la donation, mais bénéficiera de l'imputation de ces droits même s'ils ont été acquittés par le donateur.

Le calcul des droits avant imputation est identique à l'exemple précédent ( $270.618 \times 2 = 541.236 \text{ €}$ ).

Après imputation, il reste à payer 100.849 € par les neveux.

Coût total de la double transmission après imputation : 541.236 € (dont 100.849 € au décès de la sœur)

Dans cet exemple encore, la libéralité substitutive présente l'avantage évident de pouvoir être encore mise en jeu après le décès du donateur, et d'être facultative si elle n'a pas été acceptée avant, ce qui n'est pas le cas du droit de retour.

#### - 3ème hypothèse :

Au décès de la sœur, les neveux reçoivent le bien dans la succession de leur mère moyennant le paiement des droits suivants :

$$((500.000 - 100.000) \times 20\%) - 1.806 = 78.194 \text{ €}$$

Soit un total de 156.388 €.

Bien entendu, dans ce cas les droits versés lors de la donation ne font l'objet d'aucune restitution.

Coût total de la double transmission : 596.775 € (dont 156.388 € au décès de la sœur, mère des héritiers).

Cet exemple démontre parfaitement la singularité du mécanisme de la libéralité substitutive et de l'efficacité de l'imputation des droits. Bien qu'ils reçoivent le bien directement de leur oncle (à un taux de 55 %), les neveux sont moins taxés au décès de leur mère par ce biais que s'ils recevaient le bien directement d'elle au taux de 20 %.

### D. - Conclusion du fiscaliste

Les calculs précédents tendent à démontrer que la double transmission sera généralement moins onéreuse fiscalement quand elle aura été préparée, que ce soit par l'insertion d'une clause de retour à mettre en jeu même si le donataire a des descendants, ou d'une clause substitutive. Le sujet nous paraît donc devoir être impérativement abordé lors de la préparation de la donation d'un « bien de famille ».

## CONCLUSION CIVILO-FISCALISTE DU PRATICIEN

Les exemples chiffrés ci-dessus, sans doute simplistes, n'ont qu'un objectif. Celui-ci n'est pas de prouver que telle ou telle clause est formidable et gagnante à chaque coup, ou qu'une autre est passée de mode, mais plutôt de conduire le notaire à réaliser les mêmes simulations avant de rédiger chaque acte, afin de proposer à ses clients la formule adaptée à leur cas particulier. Il ressort malgré tout des différentes études qui précèdent que la rigidité du droit de retour peut être pénalisante et que l'insertion d'une clause substitutive, principalement la charge résiduelle, est beaucoup plus souple si son acceptation par le ou les appelés est n'est pas immédiate. Sans doute devrait-on y réfléchir et inciter les donateurs et donataires à nous indiquer qui ils souhaitent voir devenir propriétaire des biens donnés quand ils ne seront plus là. Si la charge alors stipulée n'est que résiduelle, la liberté du donataire restera grande, et même totale s'il est réservataire et que la donation n'est pas précipitaire. Si les donataires en second, qui peuvent même être des enfants « nés ou à naître », n'interviennent pas à l'acte pour l'accepter, la signature de

celui-ci n'en sera pas plus compliquée, et l'acceptation pourra ne jamais intervenir si elle n'est pas opportune le moment venu.

À l'instar de la donation entre époux dont le but est d'ouvrir toutes les portes lors de sa signature, tout en permettant au conjoint survivant de refermer celles qui ne lui conviennent pas lors du premier décès, l'insertion d'une clause résiduelle ou graduelle non acceptée dans une donation permet d'élargir le champ des possibilités fiscales tout en permettant au donateur initial de contrôler plus ou moins, selon sa volonté, la destinée de ses biens.

Une fois toutes ces clefs remises entre les mains des parties, l'hémisphère civiliste et l'hémisphère fiscaliste du conseiller patrimonial de la famille devraient pouvoir vivre en parfaite harmonie.

**Mots-Clés :** Donations - Droit de retour