TRUST ET IMPOSITION DU PATRIMOINE

Etude provisoire établie le 3 juin 2011
en préparation de la loi définitive

Le cumul avec la taxe de 3 % 1
I L'inclusion dans l'assiette de l'ISF du constituant 3
Le constituant est le redevable légal 3
Définition du constituant du trust 3
II A défaut : la taxe sur les trusts 4
Le principe de la taxe sur les trusts 5
1) Les redevables et le payeur 5
2) Un taux aligné sur le taux marginal de l'ISF 6
3) L'assiette : l'assiette « brute » de l'ISF minorée des actifs imposables à l'ISF régulièrement déclarés 6
Les exonérations. La situation dite normale 6
Le constituant déclare son trust à l'ISF 6
Le trust à pension professionnelle 7
III l'obligation de déclaration des trusts 7
La déclaration porte sur : 8
Les sanctions du défaut de déclaration 8
Solidarité du trustee 8

Article 6 projet de loi sur la réforme de l'ISF

En matière d'impôt sur la fortune, les trusts posent des difficultés juridiques substantielles compte tenu des incertitudes qu'ils créent sur le propriétaire des biens, droits et produits capitalisés qui y sont placés.

En matière d'ISF, aucun article n'est spécifiquement dédié aux trusts. La difficulté est la suivante : le droit français exige qu'il y ait un propriétaire pour pouvoir mettre en oeuvre les mécanismes de taxation alors que précisément le droit des trusts représente un éclatement du concept de propriété.

Le cumul avec la taxe de 3 %

Par ailleurs, les trusts possédant des immeubles en France sont en principe soumis à la taxe patrimoniale de 3% et ce en vertu de l'article 990 CGI et suivant

Le cumul de ces deux impositions patrimoniales devra certainement être réétudiée afin de prévenir les contentieux qui ne manqueront d'être engagés

En conséquence, l'administration fiscale lorsqu'elle a connaissance des trusts doit analyser les modalités de constitution et de fonctionnement pour pouvoir apprécier s'il y a ou non-imposition.

Dans un premier temps, l'administration a essayé d'utilisé la traditionnelle doctrine la propriété apparente en imposant le trustee en sa qualité de propriétaire apparent mais elle s'est vite heurté à la qualification juridique du trust

Droit de mutation et propriété apparente 7 A 23 du 10 septembre 1996

Documentation administrative 7s213 § 16

Seul l'examen des faits permet d'analyser si le bien est sorti ou non du patrimoine du constituant, s'il y a ou non des conditions suspensives tenant à la nature des biens transmis ou à la personne même des bénéficiaires, la nature des revenus issus du trust etc...

1- En présence d'un trust révocable, le constituant est réputé seul propriétaire et se trouve donc taxable au titre de la détention d'un actif imposable.

2- En matière de trust irrévocable, aucune taxation du constituant n'est envisageable car le dessaisissement de ce dernier est définitif.

Ce vide juridique est confirmé par la jurisprudence.

L'état du droit, qui résulte des solutions dégagées par des jurisprudences récentes[1] , aboutit à :

– exclure le rattachement des biens placés dans le trust au patrimoine du bénéficiaire lorsque l'administration n'est pas en mesure d'apporter la preuve qu'il détient des droits réels sur ces biens

Ainsi, **une décision du Tribunal de Grande Instance de Nanterre en date du 4 mai 2004** a considéré que s'agissant d'un trust discrétionnaire et irrévocable, il appartient à l'Administration de prouver que le bénéficiaire des produits d'un trust a des droits sur le capital duquel ils proviennent, représentant une valeur patrimoniale, et susceptibles d'entrer à ce titre dans le patrimoine ISF.

En l'absence de distribution, toute taxation des bénéficiaires est également impossible en raison de absence de créance caractérisée des bénéficiaires en cas de trust discrétionnaire.

– rattacher les biens placés dans le trust au patrimoine du constituant lorsqu'il s'agit d'un trust révocable et que l'acte de trust permet au constituant de rentrer en possession de biens placés dans le trust à tout moment.

[1] (1) Jugement du TGI de Nanterre du 4 mai 2004 s'agissant du bénéficiaire et arrêt de la Cour de Cassation du 31 mars 2009 s'agissant du constituant

Cour de cassation chambre commerciale 31 mars 2009 N° 07-20219

Ayant retenu qu'un acte de trust prévoyait que du vivant du constituant les trustees devraient détenir les biens dans le trust à son bénéfice et lui payer les revenus en provenant ainsi que tout montant du principal, sans limitation, qu'il pourrait demander à tout moment, et que le constituant pouvait à tout moment révoquer la Convention et rentrer en possession des biens confiés, ou exiger que tout ou partie du portefeuille soit liquidé pour en percevoir le prix, ou même que les titres lui soient remis, une cour d'appel a pu déduire de ces constatations et appréciations souveraines que le constituant et bénéficiaire viager de ce trust avait le droit de jouir et de disposer des titres confiés, et qu'ils devaient être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune

En pratique et a contrario, ces solutions jurisprudentielles, dont la logique n'est pas contestable à l'égard de notre droit, conduisent à ne rattacher les actifs ni au patrimoine du bénéficiaire, ni à celui du constituant dans le cas d'un trust irrévocable et discrétionnaire.

Il en résulte un état du droit ouvrant des possibilités importantes d'évasion fiscale, y compris au titre de biens dont le constituant ne se dessaisit en réalité pas mais conserve la propriété réelle au travers de conventions avec l'administrateur du trust dissimulées à l'administration.[2]

Le présent article propose, en conséquence, trois modifications :

- le rattachement des biens placés dans un trust au patrimoine du constituant par détermination de la loi,
- la création d'une nouvelle obligation de déclaration des trusts,
- la création d'une taxation ad hoc ayant, de fait, vocation à constituer une incitation à la déclaration régulière des biens placés dans un trust.

I L'inclusion dans l'assiette de l'ISF du constituant

Le constituant est le redevable légal

La loi nouvelle crée un nouvel article 885 G ter au sein du code général des impôts, prévoyant que les biens placés dans un trust, y compris les produits capitalisés, sont compris dans le patrimoine du constituant (et, le cas échéant, du bénéficiaire « constituant par détermination de la loi ») pour leur valeur vénale nette au 1er janvier de l'année d'imposition.

Définition du constituant du trust

L'*Art. 792-0 bis.*- I. – 1. après amendements définit le constituant du trust de la façon suivante

« 2. Pour l'application du présent titre, on entend par constituant du trust soit la personne physique qui l'a constitué, soit, lorsqu'il a été constitué par une personne physique agissant à titre professionnel ou par une personne morale, la personne physique qui y a placé des biens et droits. »

[2] Lire le Rapport MIGAUG CARREZ sur la fraude fiscale au travers des trusts

Afin d'éviter que l'interposition d'un intermédiaire apparaissant comme le constituant juridique du trust n'empêche l'administration d'appréhender de celui-ci, le texte prévoit, lorsque le constituant juridique est une personne morale (qui peut, par exemple, être une société de gestion de patrimoine), d'appréhender le trust en quelque sorte « en transparence » et de considérer comme son constituant réel, la personne physique du patrimoine de laquelle sont issus les biens et droits placés dans le trust.

« *Art. 885 G ter.-* Les biens ou droits placés dans un trust défini à l'article 792-0 *bis* ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont compris, pour leur valeur vénale nette au 1er janvier de l'année d'imposition, selon le cas, dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire qui est réputé être un constituant en application du II de l'article 792-0 *bis*: ».

Cette règle, très similaire à celle prévue par l'article 885 G bis s'agissant des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire, a le mérite d'une grande simplicité, notamment parce qu'elle rend l'assiette de l'impôt totalement indépendante du contenu de l'acte de trust.

ATTENTION Il ne s'agit pas d'une présomption de propriété simple, qui pourrait, le cas échéant, être combattue notamment au regard de l'acte de trust, mais d'une présomption irréfragable ou plus précisément d'une détermination légale de l'assiette.

Il convient de noter que cette disposition aura, en revanche, pour conséquence a contrario de ne jamais permettre le rattachement des biens placés dans un trust au patrimoine du bénéficiaire (sauf lorsqu'il sera, au décès du constituant originel, assimilé à un constituant), y compris dans les circonstances où la réalité de la gestion du trust conduirait à pouvoir établir la propriété du bénéficiaire.

Compte tenu des règles de territorialité applicables en matière d'ISF et sous réserve des conventions fiscales, il en résultera :
– la taxation à l'ISF des biens placés dans un trust dont le constituant est résident fiscal français, quel que soit le lieu de situation de ces biens ou des actifs sous-jacents,
– la taxation à l'ISF des biens notamment des immeubles -à l'exception des placements financiers situés en France et placés dans un trust dont le constituant n'est pas résident fiscal français.

II A défaut : la taxe sur les trusts

La loi nouvelle crée, au sein du code général des impôts, un nouvel article 990 J instituant une taxation spécifique sur les biens placés dans des trusts.

Le prélèvement sur les trusts a pour objet de principal de se substituer à l'ISF en sanctionnant (comme une majoration spécifique de droits aurait pu également le faire) le défaut de révélation au titre de l'ISF des biens placés dans un trust. Il en résulte une assiette originale définie pour l'essentiel « en creux » de l'assiette régulièrement déclarée au titre de l'ISF.

L'article 990 J est ainsi rétabli :

« *Art. 990 J.-* I. – Les personnes physiques, constituants et bénéficiaires d'un trust défini à l'article 792-0 *bis* sont soumises à un prélèvement fixé au taux maximum du tarif prévu à l'article 885 U.

« II. – Le prélèvement ne s'applique pas aux trusts constitués en vue de gérer les droits à pension acquis, au titre de leur activité professionnelle, par les bénéficiaires dans le cadre d'un régime de retraite mis en place par une entreprise ou un groupe d'entreprises.

« III. – Le prélèvement est dû :

« 1° Pour les personnes qui ont en France leur domicile fiscal au sens de l'article 4 B, à raison des biens et droits situés en France ou hors de France et des produits capitalisés placés dans le trust ;

« 2° Pour les autres personnes, à raison des seuls biens et droits, autres que les placements financiers mentionnés à l'article 885 L, situés en France et des produits capitalisés placés dans le trust.

« Toutefois, le prélèvement n'est pas dû à raison des biens, droits et produits capitalisés lorsqu'ils ont été :

« *a*) Inclus dans le patrimoine, selon le cas, du constituant ou d'un bénéficiaire pour l'application des dispositions de l'article 885 G *ter* ;

« *b*) Déclarés en application de l'article 1649 AB, dans le patrimoine d'un constituant ou d'un bénéficiaire réputé être un constituant en application du 2 du I de l'article 792-0 *bis*, dans les cas où le constituant, ou le bénéficiaire, n'est pas redevable de l'impôt de solidarité sur la fortune compte tenu de la valeur nette taxable de son patrimoine, celui-ci incluant les biens, droits et produits capitalisés placés dans le trust.

« Le prélèvement est assis sur la valeur vénale nette au 1er janvier de l'année d'imposition des biens et droits et produits capitalisés composant le trust.

« La consistance et la valeur des biens, droits et produits capitalisés placés dans le trust sont déclarées et le prélèvement est acquitté et versé au comptable public compétent par l'administrateur du trust au plus tard le 15 juin de chaque année. A défaut, le constituant et les bénéficiaires, autres que ceux mentionnés aux *a)* et *b*) du présent article, ou leurs héritiers, sont solidairement responsables du paiement du prélèvement.

« Le prélèvement est assis et recouvré selon les règles et sous les sanctions et garanties applicables aux droits de mutation par décès.

Le principe de la taxe sur les trusts

1) Les redevables et le payeur

Les redevables de cette nouvelle taxes sur les trusts seront les personnes physiques, constituants et bénéficiaires d'un trust.

Les personnes non physiques – personne morales, entités divers ne sont donc pas soumises à cette taxe

Toutefois le prélèvement devra être, en principe, **liquidé et acquitté** par l'administrateur du trust qui est le plus souvent une personne morale et qui est donc le responsable de la dette fiscale **en première ligne et** une obligation spécifique de déclaration et de liquidation à la charge de l'administrateur est prévue dans les conditions applicables en matière d'ISF

Cette taxe s'appliquera toutefois à défaut d'application de la déclaration dite normale par le constituant

Il convient de noter qu'il est prévu, pour le paiement du prélèvement sur les trusts, **une responsabilité solidaire de l'administrateur, des constituants et des bénéficiaires** autres que ceux ayant satisfait à leurs obligations déclaratives propres.

Le prélèvement sur les trusts sera assis et recouvré, comme l'ISF, selon les règles et sous les sanctions et garanties applicables aux droits de mutation par décès.

2) Un taux aligné sur le taux marginal de l'ISF

Le taux sera le taux marginal de l'ISF, que la loi propose de ramener à 0,5 % à compter de 2012 qui sera la première année au titre de laquelle le prélèvement sur les trusts sera dû.

S'agissant d'un prélèvement ayant vocation à frapper des contribuables dissimulant des biens à l'administration, le taux retenu peut être comparé à celui qui sera applicable au titre de l'ISF en cas de manquement aux obligations déclaratives au titre de cet impôt.

Compte tenu des majorations prévues par l'article 1729 en cas d'insuffisance de déclaration – soit 40 % en cas de manquement délibéré de droit commun et 80 % en cas de manoeuvre frauduleuse –, il peut être appliqué, au titre de l'ISF, un taux pouvant aller jusqu'à 0,9 %.

3 L'assiette : l'assiette « brute » de l'ISF minorée des actifs imposables à l'ISF régulièrement déclarés

L'assiette du prélèvement sur les trusts sera :

- L'ensemble des biens (situés en France et hors de France), y compris les produits capitalisés placés dans le trust pour les constituants et bénéficiaires résidents fiscaux français,

- Les biens placés dans le trust (autres que les placements financiers au sens de l'assiette de l'ISF) situés en France et les produits capitalisés pour les constituants et bénéficiaires non-résidents.

Cette assiette correspond à celle résultant des règles de territorialité de l'ISF.

ATTENTION ? Les exonérations applicables en matière d'assiette de l'ISF (en particulier, les exonérations dépendant de la nature des biens) ne seront, en revanche, pas applicables s'agissant du prélèvement sur les trusts dont l'assiette s'apparente à une assiette ISF « brute ».

Les exonérations. La situation dite normale

Le constituant déclare son trust à l'ISF

Cette taxe s'appliquera toutefois à défaut d'application de la déclaration dite normale par le constituant

« Toutefois, le prélèvement n'est pas dû à raison des biens, droits et produits capitalisés lorsqu'ils ont été :
« *a*) Inclus dans le patrimoine, selon le cas, du constituant ou d'un bénéficiaire pour l'application des dispositions de l'article 885 G *ter* ;
« *b*) Déclarés en application de l'article 1649 AB, dans le patrimoine d'un constituant ou d'un bénéficiaire réputé être un constituant en application du 2 du I de l'article 792-0 *bis*, dans les cas où le constituant, ou le bénéficiaire, n'est pas redevable de l'impôt de solidarité sur la fortune compte tenu de la valeur nette taxable de son patrimoine, celui-ci incluant les biens, droits et produits capitalisés placés dans le trust.

Dans la grande généralité des cas, la déclaration « normale » (soit au titre de l'ISF, soit au titre de la nouvelle déclaration des trusts) sera, en effet, plus favorable (puisqu'elle permettra de bénéficier des règles d'exonération de l'assiette de l'ISF et, éventuellement, de la première tranche de son barème) de sorte que l'on voit mal pourquoi il serait procédé à la déclaration au titre du prélèvement sur les trusts s'il n'est pas procédé à la déclaration du trust et de l'actif correspondant au titre de l'ISF.

Le trust à pension professionnelle

Une exonération spécifique est toutefois introduite au titre des trusts constitués en vue de gérer les droits à pension acquis dans le cadre de leur activité professionnelle par des bénéficiaires.

« II. – Le prélèvement ne s'applique pas aux trusts constitués en vue de gérer les droits à pension acquis, au titre de leur activité professionnelle, par les bénéficiaires dans le cadre d'un régime de retraite mis en place par une entreprise ou un groupe d'entreprises

Cette hypothèse correspond aux trusts créés par des entreprises au bénéfice de leurs dirigeants et salariés et de leurs anciens dirigeants et salariés.
Il convient de noter que les biens et droits correspondants demeurent naturellement imposables à l'ISF. L'assiette du prélèvement sur les trusts sera évaluée comme en matière d'ISF, à la valeur vénale nette des biens au 1er janvier.

III l'obligation de déclaration des trusts

Une nouvelle obligation fiscale de déclaration des trusts est codifiée dans un nouvel article 1649 AB et sanctionnée par une amende en cas de défaut ou d'omission de déclaration.

G. Après l'article 1649 AA, il est inséré un article 1649 AB ainsi rédigé :

« *Art. 1649 AB.-* L'administrateur d'un trust défini à l'article 792-0 *bis* dont le constituant ou l'un au moins des bénéficiaires a son domicile fiscal en France, ou qui comprend un bien ou un droit qui y est situé, est tenu d'en déclarer la constitution, la modification ou l'extinction, ainsi que le contenu de ses termes.

« Il déclare également la valeur vénale au 1er janvier de l'année des biens, droits et produits entrant dans le champ du prélèvement mentionné à l'article 990 J.

« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret. »

L'obligation déclarative pèse sur l'administrateur d'un trust dès lors que les biens qui y sont placés peuvent être taxables par la France, ce qui est possible **dans trois cas** :

- La résidence fiscale en France du constituant (au titre de l'année de déclaration) ;
- La résidence fiscale en France de l'un des bénéficiaires (également au titre de l'année de déclaration)
- l'existence dans son actif de biens ou droits situés en France.

La déclaration porte sur :

- La constitution, la modification ou l'extinction du trust ;

- Le contenu de ses termes (qu'il convient de comprendre comme le contenu de l'acte de trust et, le cas échéant, des éventuelles stipulations complémentaires régissant le fonctionnement du trust) ;

- La valeur vénale au 1er janvier de l'année de certains des biens et droits placés et de leurs produits capitalisés. Les biens et droits devant être déclarés sont ceux entrant dans le champ du nouveau prélèvement sur les trusts.

Les sanctions du défaut de déclaration

Les infractions aux dispositions régissant cette obligation déclarative (donc le défaut de déclaration ou les omissions déclaratives) sont soumises à une amende égale à 10 000 euros ou, si ce montant est plus élevé, à **5 % de l'actif** du trust et non du montant du prélèvement omis.

Solidarité du trustee

Cette amende **est due solidairement** par l'administrateur et par le constituant et les bénéficiaires du trust.

Cette amende constitue une incitation extrêmement forte à la révélation complète à l'administration des trusts, compte tenu de son niveau (le taux de 5 % étant le décuple du taux marginal de l'ISF) et de son assiette (l'intégralité de l'actif du trust, indépendamment de toute considération quant à la nature et à la situation des biens – notamment sur leur caractère taxable ou non à l'ISF du point de vue de la territorialité ou des règles d'exonération propres à cet impôt – et quant à la répartition éventuelle des droits sur le trust entre les personnes intéressées).

Certains commentateurs se posent déjà la question de la constitutionnalité de cette lourde sanction égale à dix fois le montant de la taxe éludée !!!
La nécessité préventive de la sanction pourrait être disproportionnée ?