

P a t r i c k M I C H A U D

CABINET D'AVOCATS
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre



TRUST ; DROIT CIVIL ET DROIT FISCAL

Le législateur français se refuse à accepter le trust dans notre droit, laissant les praticiens désemparés face à nos voisins qui connaissent des institutions identiques ou similaires (Grande-Bretagne bien sûr, mais encore Belgique, Luxembourg, Allemagne, et plus récemment Italie et Suisse).

Une convention internationale signée mais non ratifiée (Convention de la Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et sa reconnaissance signée par la France le 26 novembre 1991).

Une loi instituant la fiducie mais avec de nombreuses conditions et restrictions a été publiée en février

Trust et droit civil ?

Le plus simple est de reprendre les termes de la Convention de La Haye qui définit le Trust dans son article 2 comme

"les relations juridiques créées par une personne, le constituant, - par actes entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé".

Il s'agit en fait d'une institution non dotée de la personnalité morale qui met en présence " *un settlor* " (le constituant, celui qui met les biens en Trust), un ou plusieurs " *trustees* ", personnes physiques ou morales (c'est-à-dire ceux qui détiennent légalement les biens) et un ou plusieurs bénéficiaires (ceux qui sont appelés, sans avoir à donner leur avis ou leur consentement, à bénéficier des revenus et/ou des biens mis en Trust), selon toute proportion, toute combinaison et en vertu de toute condition possible qu'aura initialement fixé le constituant dans l'acte de Trust.

Le Trust peut être multiforme :

- constitué du vivant du settlor (acte entre vifs) ou à son décès (trust testamentaire)
- révocable (à savoir, modifiable dans tout ou partie de ses dispositions par le constituant) ou irrévocable (et donc définitif)
- simple (le trustee doit reverser périodiquement tous les revenus au bénéficiaire) ou discrétionnaire (accumulation des revenus et du capital laissé à la discrétion du trustee)

En clair, le trust aboutit à séparer la gestion et le contrôle des biens, de la jouissance des profits qu'ils procurent.

Par ailleurs, de plus en plus souvent un « protecteur » est désigné aux fins de « surveiller » le trustee.

Le trustee tient du constituant le pouvoir d'administrer les biens placés en trust et d'en disposer librement (" *legal ownership* "), mais ce transfert de propriété est temporaire, jusqu'à la remise des biens aux bénéficiaires qui ont seuls le pouvoir exclusif de prétendre au profit et à l'usage des biens mis en trust (" *equitable ownership* ") au terme fixé.

Le Trust et le droit français des successions et libéralités

Rapporté au contexte de la transmission d'un patrimoine, le Trust a fait couler beaucoup d'encre et notre jurisprudence est marquée d'incertitudes.

La question principale est en fait de savoir si pour appréhender le Trust en droit français, à défaut de loi appropriée, il est nécessaire de le qualifier juridiquement par rapport à des instruments que nous connaissons.

Le Trust est-il une donation ou un legs ?

La Cour d'Appel de PARIS (CA Paris 10.01.1970, *Courtois de Ganay, Rev. Crit. 1971,518, note Droz*), a posé le principe que

"la convention de Trust, au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort, constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est à dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. "

Certaines critiques relatives à la notion de contrat synallagmatique - ce que le trust n'est pas - ont été faites, mais le principe a été posé pour la première fois de l'assujettissement du Trust à la loi d'autonomie.

Ce principe est fondamental car il peut bouleverser certaines règles de la loi successorale française à condition toutefois que les clauses d'autonomie ne soient pas contraires à l'ordre public français surtout si l'ouverture de la succession est en France.

C'est d'ailleurs cette règle qui est retenue dans la Convention de La Haye dans son article 6 : "*Le Trust est régi par la loi choisie par le constituant...*" ou (article 7) "*à défaut celle du pays avec lequel le trust présente les liens les plus étroits*".

Point n'est besoin de qualifier l'acte juridique, il suffit de rechercher ses effets et de vérifier leur compatibilité avec les règles d'ordre public, notamment celles relatives à la réserve héréditaire (CA Paris, précité).

C'est donc au regard des effets du trust que doit intervenir éventuellement la loi successorale pour protéger les intérêts de certains héritiers.

Le débat s'est ainsi poursuivi à ce stade jusqu'à, l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 20 février 1996 (Aff. Zieseniss, n° 423 P, JCP ed. G n° 22, 22647).

Dans cet arrêt La Cour a donné du Trust une définition « **iconoclaste** »

: " *Alors que la Cour d'Appel constate que lors de la constitution du trust, le constituant s'est dépouillé d'un capital pour en recevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le trustee de le remettre, au jour de sa mort, au bénéficiaire désigné par lui à cette date, et alors que cette opération...a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès du donateur par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour...* "

Ce faisant, la Cour casse l'arrêt d'Appel qui, se fondant sur le caractère révocable du trust, l'avait assimilé dans ses conséquences à une disposition testamentaire.

Selon sa décision, la Cour de Cassation a considéré que le trust réalisait une donation qui prenait date au jour du décès de la donatrice au moyen de l'appréhension des biens par le bénéficiaire, n'hésitant pas à dénaturer l'institution de trust.

En l'absence de dispositions spécifiques de la loi française, le trust reste une institution originale de droit étranger, en l'occurrence de droit américain, dont la nature doit s'apprécier par rapport à la loi d'autonomie.

Ainsi, pour apprécier les conséquences d'un trust américain, il faut procéder à son analyse en droit américain et étudier ensuite si au regard de la règle française de l'ordre des réductions, règle protectrice de la réserve héréditaire, le trust doit être rapproché dans ses conséquences des règles régissant les donations ou de celles applicables aux legs.

Dans l'affaire Zieseniss, la Cour de Cassation ne se contente pas, comme elle l'aurait pu par une analyse de la loi d'autonomie, d'appliquer au trust le régime successoral des donations ou des legs, elle considère que celui-ci réalise une donation indirecte qui prend effet au jour du décès du constituant.

Fiscalement, cet arrêt avait une portée considérable puisqu'il permettait à l'administration fiscale d'imposer en France les donations antérieures faites par des personnes qui étaient devenues résidentes au jour de leur décès mais postérieurement à la donation.

Elle méconnaissait ainsi l'effet immédiat du Trust à l'égard des bénéficiaires qui résulte du transfert à leur profit de " la propriété équitable " .

L'appréhension du corpus du trust, lors de sa dissolution, n'est pas constitutive d'une acceptation d'une quelconque donation mais uniquement l'exercice par le bénéficiaire de son droit de propriété équitable.

La Cour de renvoi n'a pas suivi la Cour de Cassation (CA Paris 1ère ch., sect. G, 7.04.1999, audience solennelle).

« .Il ressort des termes des articles 923, 925 et 926 du Code civil, que l'ordre des réductions est à la fois fondé sur le principe de l'irrévocabilité des donations et sur la date du dessaisissement du disposant et d'acquisition de ses droits par le gratifié, qu'en effet, si la donation la plus récente est réduite avant les donations les plus anciennes, un legs consenti par un testament antérieur à une donation sera cependant réduit avant cette donation

.Lorsqu'il est établi que l'intéressée s'est lors de la constitution du trust en 1953, dépouillée en faveur du trustee dès cette date, il s'ensuit que ce dépouillement n'était ni irrévocable, ni absolu; en effet, elle s'était réservée le droit de révoquer en tout ou partie le trust, de réviser tout ou partie de ses biens, sans pouvoir toutefois sans le consentement écrit du trustee, accroître les obligations de ce dernier ou réviser les taux de sa rémunération ou de ses commissions. »

Elle a dans un premier considérant renvoyé aux règles de droit américain (loi d'autonomie) pour rechercher ensuite les effets du trust au travers de ses caractéristiques propres (révocable ou irrévocable) et de la réalité du dépouillement du constituant.

Le dépouillement définitif du constituant (trust irrévocable) impliquerait les effets d'une libéralité entre vifs.

Le dépouillement non définitif (trust révocable ou trust testamentaire) renverrait aux effets des libéralités à cause de mort et des legs.

[Le Trust et le fisc](#)

Notre droit fiscal est presque aussi pauvre que notre droit civil en la matière. Il n'appréhende en fait le trust qu'au travers de dispositions " anti-abus " en matière d'impôts directs :

En matière d'imposition des revenus

L'article 120-9 du CGI assimile à des revenus de valeurs mobilières émises hors de France les produits des trusts, quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts.

L'article 238 bis OI et l'article 209B du CGI concerne les sociétés.

L'article 123 bis du CGI vise les personnes physiques bénéficiant directement ou indirectement de revenus de structures étrangères soumises à un régime fiscal privilégié.

En matière de droits d'enregistrement,

En matière successorale, l'administration considère le trust comme une libéralité familiale et les bénéficiaires comme des propriétaires (*BODGI 7-G-14-70*).

Dans le cadre de la taxe de 3%, elle applique souvent le principe de la propriété apparente au nom du trustee.

Une jurisprudence de 2005 confirme la définition selon laquelle un trust irrévocable est une donation indirecte imposable en France.

« Le défunt, domicilié en France au moment du décès, avait constitué un trust aux Etats-Unis selon la loi américaine, par apport de biens situés dans ce pays. Ce trust était devenu irrévocable et prévoyait la remise des biens en cas de décès du constituant à ses descendants ou à des bénéficiaires désignés par testament.

Jugé que le constituant a bloqué un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant tout en chargeant irrévocablement les fiduciaires de le remettre après sa mort aux bénéficiaires désignés par lui à cette date. Cet engagement comporte une intention libérale en faveur des bénéficiaires. Ces dispositions caractérisent une donation indirecte en leur faveur prenant effet au décès du constituant ».

Cette donation indirecte est taxable en France en vertu de l'article 784 du CGI. ([CA Rennes 4 mai 2005 n° 03-4727](#), 1e ch. A, [DSF du Finistère c/ Crts Tardieu de Maleissye : RJF 4/06 n° 471](#)).

Immeubles détenus en France directement ou indirectement par des non-résidents

L'article 23-I de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 (loi de finances pour 1999) complète l'article 750 ter 2° du CGI des dispositions suivantes :

- il pose le principe général de taxation aux droits de mutation à titre gratuit des immeubles situés en France, qui sont possédés, directement ou indirectement, par un donateur ou un défunt qui n'a pas son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B du CGI ;

- il étend le champ d'application des droits de mutation à titre gratuit à certaines participations dans des personnes morales ou organismes étrangers transmises par un donateur ou un défunt domicilié hors de France qui lui permettent de posséder indirectement un immeuble en France.

Il s'agit des actions ou parts de personnes morales, et des droits détenus dans des organismes qui ne sont pas dotés de la personnalité morale en France (**trusts, fondations étrangères...**). A cet égard, peu importe la forme de la personne morale ou de l'organisme en cause (*Inst. 26 avril 1999, 7 G-5-99*).

Trusts et ISF

Un jugement du TGI de Nanterre a précisé **que le bénéficiaire** d'un trust ne pouvait pas – **faute de présomptions suffisantes** - être assimilé à un propriétaire assujéti à l'ISF.

Par ailleurs, que les personnes morales ne sont jamais assujetties à l'ISF.

« La perception de revenus provenant de deux « trusts » de droit américain ne suffit pas à faire peser sur le bénéficiaire une quelconque présomption de propriété sur des valeurs mobilières, dès lors que l'administration n'apporte aucun élément sur la consistance des actifs sous-jacents auxdits trusts.

L'administration n'apporte pas la preuve que le bénéficiaire des trusts en cause a des droits réels représentant une valeur patrimoniale et donc susceptibles d'entrer dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune. Au contraire les actes instituant les trusts dénie au bénéficiaire un quelconque droit de propriété ou de créance sur le trust ou sur les biens objet du trust, et même laissent au trustee un pouvoir d'appréciation sur les revenus à distribuer.

Le contribuable ne peut donc être assujéti à l'impôt de solidarité sur la fortune en raison de sa qualité de bénéficiaire des trusts américains litigieux. » (TGI Nanterre 4 mai 2004 n° 03-9350, 2e ch., Poillot : RJF 11/04 n° 1201).

Mais dans d'autres situations, le trustee est considéré comme le propriétaire apparent.

Il est donc fort peu opportun pour un résident de France de constituer un trust à l'étranger pour y loger des biens français ou étrangers.

Mais qu'en est-il lorsqu'il s'agit d'un trust constitué par un non-résident ?

L'application des dispositions de l'article 784 du CGI concernant le rappel fiscal des donations antérieures doit s'apprécier en combinaison avec les règles de territorialité posées à l'article 750 ter.

Ce sont ces principes que remettait en cause l'**arrêt Zieseniss** précité.

On comprend donc mieux l'émoi provoqué puisque, au vu de cette décision, le fisc français était en droit de taxer tous les trusts constitués par des non-résidents, dès lors qu'ils venaient à décéder résidents de France.

La règle fiscale peut, comme dans beaucoup d'autres cas en matière d'enregistrement, suivre la règle civile, selon que le trust est révocable ou irrévocable : tout devient alors très simple

S'il s'agit d'un trust révocable ou encore d'un trust testamentaire, dans la mesure où le dépouillement du constituant n'est pas définitif de son vivant et ne le devient qu'à son décès, le corpus du trust doit être soumis aux droits de succession selon le degré de parenté entre le constituant et le bénéficiaire pour sa valeur au jour du décès.

S'il s'agit d'un trust irrévocable, la situation peut être plus complexe :

- Soit l'on considère que le transfert au profit du bénéficiaire ne s'est pas opéré, l'acte est alors enregistré au droit fixe des actes innommés, aucun droit ne pouvant toutefois être exigé au jour du décès du constituant, le corpus du trust étant définitivement sorti de son patrimoine.
- Soit à l'inverse, et suivant en cela la règle anglo-saxonne, il est établi que le transfert au profit du bénéficiaire s'opère immédiatement par le biais de la " propriété équitable ", alors le trust doit être soumis aux droits de donation entre vifs au jour de sa constitution (avec bien entendu application des abattements et réductions en vigueur).

Par ailleurs, il convient de faire attention aux actifs du trust notamment s'il s'agit d'un immeuble situé en France.

En conclusion, en droit français, le trust est une forme d'organisation patrimoniale à utiliser avec la plus grande précaution compte tenue des incertitudes existantes.

Patrick MICHAUD avocat