

I A C F

INSTITUT DES AVOCATS
CONSEILS FISCAUX

L'étrange taxation
des trusts

IACF
11 octobre 2013

PROGRAMME

I – Rappel du contexte d’adoption de la loi du 29 juillet 2011

II – Rappel des caractéristiques fondamentales d’un trust

III – Régime d’imposition des trusts : IR , ISF, PS, DMTG

IV – Imprécisions des définitions de la loi de 2011

V. Les obligations déclaratives

VI. Aspects constitutionnels de la loi de 2011

VI. Questions de la salle

Par Jean-Marc Tirard et François Tripet,

Avocats au Barreau de Paris,

Membres de l'International Academy of Estate and Trust Law

ACCUEIL DES PARTICIPANTS

Jean-Marc Tirard

Bonjour à tous et bienvenue à cette session consacrée au régime fiscal des trusts.

L'entrée en vigueur de la loi du 29 Juillet 2011 a bouleversé l'approche pragmatique que la Jurisprudence avait élaboré, tant sur le plan juridique que fiscal, depuis des décennies. C'est peu de dire que nous assistons à une approche radicalement nouvelle basée sur des concepts curieux. C'est la raison du titre de notre session, "l'étrange" taxation des trusts.

Vous apprécierez par vous même, à la fin de cette animation, si le titre choisi était justifié

* * *

I. RAPPEL DU CONTEXTE D'ADOPTION DE LA LOI DU 29 JUILLET 2011

Jean-Marc Tirard

Nous allons commencer par faire un rappel du contexte d'adoption de la loi du 29 juillet 2011. Depuis le 31 juillet 2011 (date d'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet) en ce qui concerne les droits de mutation à titre gratuit (on utilisera le terme « DMTG » pour aller plus vite) et le 1^{er} janvier 2012 en ce qui concerne l'ISF, les trusts – tous les trusts, ayez bien cela en tête, quelles que soient leurs caractéristiques – sont considérés comme transparents du chef du constituant. Le fil conducteur de la loi de juillet 2011 est donc celui de la transparence des trusts. En d'autres termes, les constituants d'un trust et/ou ses héritiers après le décès du constituant sont imposés comme s'il n'y avait pas de trust, tout au moins à l'égard des DMTG et de l'ISF. (Car, on le verra plus loin, les trusts demeurent opaques à l'égard de l'IR)

Objectif de la loi : bien que selon les termes de l'exposé des motifs, le premier objectif de cette loi est officiellement de remédier, je cite, « à l'insécurité juridique résultant de la singularité des concepts », cela ne trompe personne. La vérité est que l'administration est persuadée – s'est persuadée – que les trusts étaient essentiellement, si ce n'est exclusivement, utilisés à des fins d'évasion fiscale. Il est vrai que certains trusts dont elle a eu à connaître, notamment dans le cadre de la₃

procédure de régularisation (je parle de l'ancienne " cellule Woerth" de 2009) n'avaient sans doute pas beaucoup de substance. En d'autres termes, ce qui s'est passé, c'est que, au motif que certains trusts étaient fictifs, l'administration en a tiré la conclusion que **tous** les trusts l'étaient, ce qui est bien entendu tout à fait injustifié et regrettable. Ceci me conduit à faire un rappel des caractéristiques fondamentales d'un trust, ce qui vous permettra de mieux comprendre les incohérences conceptuelles de la loi de 2011 sur lesquelles François reviendra tout à l'heure.

II. RAPPEL DES CARACTERISTIQUES FONDAMENTALES D'UN TRUST

APPROCHE JURIDIQUE DU TRUST : QU'EST-CE QU'UN TRUST ?

Jean-Marc Tirard

À la différence de la plupart d'autres concepts juridiques, il n'existe pas de définition officielle du trust. Il est traditionnellement admis que le trust ne se définit pas mais qu'il se décrit. Vous avez sous les yeux des tableaux contenant une description simple mais qui a le mérite de mettre en évidence la caractéristique essentielle du trust, à savoir qu'il s'agit d'une **relation juridique** et non pas, comme on le lit trop souvent dans la presse, d'une entité juridique, souvent accompagnée d'ailleurs du qualificatif « opaque ». François reviendra sur la définition du trust telle que donnée par la loi de 2011.

Pour comprendre ce qu'est un trust, il est utile de comprendre ce qu'il n'est pas. **Le trust n'est pas un contrat.** En effet, alors que le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, le trust est un engagement pris par une seule personne : le constituant. Il n'y a pas d'échange de consentement entre le constituant et le trustee ou les bénéficiaires. Dans un contrat, une vente par exemple, l'objet du contrat passe du patrimoine d'une partie au patrimoine de l'autre contractant. Dans le trust, au contraire, les biens transférés dans le trust ne passent pas dans le patrimoine du trustee. Ils constituent une masse séparée de ce dernier. Ce qui peut induire en erreur le juriste français à cet égard, c'est la fréquente coexistence parallèle mais séparée d'un contrat.

Le trust n'est pas un mandat. Il est vrai que ces deux institutions présentent des points communs. Tant le mandataire que le trustee ne doivent pas permettre à

4

leurs intérêts personnels d'entrer en conflit avec ceux du mandant ou des bénéficiaires. Les trustees doivent agir exclusivement dans l'intérêt de ces derniers. Le trust et le mandat présentent toutefois plus de différences qu'ils n'ont de points communs. La première, la plus fondamentale, est que le trustee est propriétaire des biens mis en trust. Contrairement au cas du mandataire, les titres afférents aux biens ou droits sont établis à son nom. Par ailleurs, alors qu'en droit français le contrat de mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire, l'acceptation du trustee n'est pas un élément constitutif du trust.

Une autre différence essentielle tient à la liberté d'action du mandataire et du trustee. Alors que le premier, le mandataire, agit sous le contrôle du mandant qui lui donne des instructions, le trustee est indépendant, à la fois du constituant et des bénéficiaires. Alors que le mandant peut mettre fin au mandat quand bon lui semble, le constituant du trust ne peut pas en principe – sauf cas particulier du trust révocable, qui relève plus de l'exception que de la règle générale – mettre fin au trust. Si le mandat prend fin avec le décès du mandant, ce n'est pas le cas du trust qui ne prend pas fin lors du décès du constituant or la loi de 2011 prévoit pourtant que le décès du constituant rend nécessairement exigible les droits de succession, trahissant ainsi une conception selon laquelle le trustee est traité comme un simple gérant et le constituant comme une personne qui ne s'est pas séparée véritablement des biens mis en trust qui n'auraient été transmis au trust "qu'en apparence".

Le trust n'a pas de personnalité juridique. Les biens mis en trust n'appartiennent pas au trust qui n'existe pas en tant que tel (il ne s'agit que d'une relation juridique), mais au trustee qui en devient propriétaire.

Enfin, ***le trust n'est pas une fiducie***, en dépit de points communs. La fiducie est en effet un contrat entre le fiduciaire et le fiduciaire, ce que le trust n'est pas.

LES CARACTERISTIQUES GENERALES DU TRUST

Pour rappel, le trust s'explique par le fait qu'à la différence du principe en vigueur dans les pays de droit civil, il n'existe pas dans les pays de *common law* de principe d'unicité du patrimoine. Les Anglo-Saxons dissocient en effet la propriété légale et la propriété économique selon une distinction inconnue dans les pays de droit civil. En d'autres termes, en Grande Bretagne et dans les autres pays de même culture juridique, un bien peut être la propriété d'une personne pour le bénéfice d'une autre.

La dernière caractéristique sur laquelle je souhaiterais insister parce qu'elle est particulièrement importante, c'est qu'une fois le trust constitué, il échappe à son ou à ses créateurs. Le constituant, selon une formule tout à fait heureuse du Pr **HAYTON** sort du paysage, « *he drops out of the picture* » -. Je l'ai déjà dit et j'insiste : il n'y a pas de relation contractuelle entre le constituant et le trustee, pas plus qu'entre le constituant et les bénéficiaires, ni entre le trustee et les bénéficiaires. Cette absence de relations contractuelles a induit les rédacteurs de la loi Bercy en erreur en leur laissant conclure, à tort, que le trust pouvait s'apparenter à un "bien sans maître", ce qu'ils jugeaient choquant. Au contraire, le trust a un maître, incontestable et soumis à des devoirs fiduciaires aussi certains que ses droits à la propriété : le trustee !

LES DIFFERENTES CATEGORIES DU TRUST

Il existe de nombreuses catégories de trust que l'on peut regrouper sous trois catégories principales susceptibles d'avoir des conséquences différentes, notamment en matière fiscale, tout au moins dans les pays qui n'ont pas retenu l'approche unitaire de la loi de 2011.

- ***Trusts testamentaires et trusts inter vivos***

Le trust inter vivos est celui qui est constitué du vivant du constituant, alors que le trust testamentaire est constitué par testament (« *will* » en anglais).

- ***Trusts révocables et trusts irrévocables***

Je vous le disais, la règle générale est qu'un trust est irrévocable. Néanmoins, il existe, notamment aux États-Unis, des trusts dits révocables. Il s'agit de trusts dont le *settlor* peut librement demander la dissolution et se voir restituer les biens mis en trust. Un tel trust qui est transparent du point de vue fiscal, est essentiellement utilisé pour faciliter l'administration des successions. Lorsque le trust est irrévocable, ce qui est la norme, il ne peut y être mis fin qu'en conformité avec les stipulations de l'acte constitutif de trust.

- ***Le cas particulier des « grantor trusts »***

Il existe des trusts hybrides, comme le « *grantor trust* » américain qui est irrévocable pendant une certaine période et révocable ensuite.

- **Les trusts fixes et les trusts discrétionnaires**

Dans le cadre d'un trust fixe (ou « *life interest* » en terminologie anglaise), quand l'identité des bénéficiaires et l'étendue de leurs droits sont prévues par le constituant, les trustees doivent strictement respecter les stipulations de l'acte constitutif de trust (ou « *trust deed* »). Dans le cadre d'un trust discrétionnaire au contraire, les trustees sont libres de leur choix : il suffit que des bénéficiaires soient déterminables pour que le trust soit valide.

- **Le sham trust**

J'ai indiqué parmi les différentes catégories de trust, le *sham trust*. En réalité, je n'aurais pas dû parce que le *sham trust* n'est précisément pas un trust... Le mot « *sham* » signifie « imposture », « fiction ». Un faux diamant est un *sham*, de même qu'une élection dans certains pays... On parle de « *sham marriage* » pour parler d'un mariage de complaisance ou de « *sham company* » pour se référer à une société fictive.

Le *sham trust* n'a que l'apparence du trust en ce sens que sa finalité réelle est que le constituant conserve l'entier contrôle des biens transférés au trustee et n'a aucune intention que ce dernier exerce la totalité des pouvoirs qu'il tient de la Law of Trust.

Là est précisément tout le problème. La loi de juillet 2011 considère que tous les trusts sont de faux trusts. En d'autres termes, la loi pose la présomption irréfutable que tous les trusts sont « des sham », ce qui est bien regrettable. En effet, **le trust n'est pas en tant que tel, un instrument d'évasion fiscale**. Selon la belle formule de Pierre LEPAULLE en 1932 (souvent citée, sans doute trop souvent citée, mais je ne peux pas résister à la tentation de le faire à nouveau !) : « *Le trust est l'ange gardien de l'Anglo-Saxon. Il l'accompagne partout, impassible depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il soutiendra sa vieillesse jusqu'au dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants l'ombre légère de ses ailes* ». Ceci est une réalité. Il est donc vraiment dommage que le trust soit perçu de nos jours selon une autre formule moins poétique, comme une entité destinée à dissimuler on ne sait quelles turpitudes, d'être un instrument d'évasion, voire de fraude fiscale, selon le récent projet de loi de lutte contre la fraude fiscale. S'il arrive que ce soit le cas, le trust n'en a pas l'exclusivité. C'est vrai qu'il existe des trusts fictifs, comme il existe des sociétés sans substance. Pourquoi n'a-t-on pas considéré alors que toutes les sociétés devraient être ignorées au motif que certaines d'entre elles sont fictives ? On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas ce qui est en train d'être prévu ? J'attire à cet égard en effet votre attention sur le projet de loi de lutte contre la fraude fiscale. Si j'ai bien compris, dès lors que l'on utilise une société étrangère, et pas uniquement un trust, il y a présomption de

fraude fiscale. La loi du 29 juillet 2011 n'aurait elle été en quelque sorte que l'avant-garde de ce qui est en train de devenir une règle générale ?

III. REGIME D'IMPOSITION DES TRUSTS

Nous allons rentrer maintenant dans le vif du sujet pour lequel nous nous sommes réparti la tâche avec François de la manière suivante : je vous présenterai l'environnement général, je fixe le cadre pour que vous ayez bien en tête le régime fiscal tel que prévu par la loi de juillet 2011, puis François fera des commentaires supplémentaires sur les imprécisions de la loi et les nombreuses questions auxquelles ni la loi ni le décret pas plus que l'instruction administrative ne répondent.

A. TAXATION A L'IMPOT SUR LE REVENU

Depuis longtemps (il ne s'agit pas d'une création de la loi de juillet 2011 puisque cette disposition remonte en fait à 1936), l'article 120.9e du CGI considère comme revenus de capitaux mobiliers (au même titre que les dividendes), les produits de trust, quelle que soit leur origine et sans qu'il soit tenu compte des particularités du trust. Là encore, peu importe que le trust soit discrétionnaire, fixed interest, révocable, irrévocable : tous les produits de trusts sont assimilés à des RCM (revenus de capitaux mobiliers). Même s'il allait de soi qu'antérieurement à la loi de 2011, les produits de trust – en tout cas, c'est notre sentiment – n'étaient imposables à l'impôt sur le revenu que lors de leur distribution effective à des bénéficiaires résidents français, la nouvelle rédaction de l'article 120.9e lève toute ambiguïté à cet égard en ne visant plus uniquement les produits, mais les produits distribués. En d'autres termes, les bénéficiaires d'un trust ne sont imposés à l'impôt sur le revenu que lorsqu'ils reçoivent une distribution de revenus. Les produits accumulés dans le trust ne sont pas imposés à l'impôt sur le revenu, mais ont vocation à être imposés aux DMTG. On remarquera donc qu'alors que les trusts sont transparents en matière d'ISF et de DMTG, les trusts sont en règle générale opaques du point de vue de l'impôt sur le revenu, sauf application éventuelle des dispositions de l'article 123 bis du CGI.

La nouvelle loi ne règle pas tous les problèmes, notamment celui de l'articulation entre l'imposition à l'impôt sur le revenu et celle aux DMTG. Ce que l'on sait, c'est

qu'une distribution de produits, qui inclut à la fois les revenus ordinaires, et sans doute les plus-values, est imposable à l'impôt sur le revenu alors qu'une distribution de capital est imposable aux DMTG. On sait également que les produits capitalisés dans le trust sont imposables aux DMTG lorsqu'ils seront transmis par donation ou succession. Mais la loi ne répond pas à la question de savoir comment distinguer les revenus imposables à l'impôt sur le revenu et le capital imposable aux DMTG lorsqu'une distribution intervient pendant la vie du trust. Une telle distribution doit-elle être imputée prioritairement sur les revenus ou sur le capital. A l'instar de la règle prévue par l'article 112-1 en matière de distribution par les sociétés ? Rien ne permet de faire une telle analogie, mais il n'en demeure pas moins vrai qu'il faut régler le problème. Le bon sens, me semble-t-il, voudrait qu'à hauteur de la valeur des actifs mis en trust, une distribution doive être nécessairement traitée de distribution de capital. Mais encore une fois, ce principe ne règle pas pour autant l'ordre d'imputation des distributions. La solution repose donc à mon avis sur la qualification donnée par le trustee qui décide de prélever la distribution soit sur le revenu, soit sur le capital, soit en combinant les deux. Francois abordera ce sujet tout à l'heure.

Cette imputation devra être étayée par la comptabilité du trustee qui permet de suivre l'origine des distributions. Sur la base de notre expérience, ceci ne pose d'ailleurs pas en règle générale de difficulté, car les trustees professionnels doivent tenir une telle comptabilité. Un jugement récent du TGI de Paris a admis d'ailleurs que la preuve de la nature d'une distribution soit précisément retrouvée dans la comptabilité du trustee.

L'autre question très importante est de savoir si les dispositions de l'article 123 bis sont applicables aux trusts. Comme vous le savez sans doute tous et toutes, cet article prévoit l'imposition des revenus accumulés dans certaines entités étrangères : personnes morales, organismes (ce qui ne vise évidemment pas les trusts), fiducies (ce qui ne devrait pas viser non plus les trusts), mais institutions comparables (terme qui peut couvrir beaucoup de choses). Est-ce qu'un trust est une institution comparable à une fiducie ? Même s'il est difficile de répondre à cette question, elle est en réalité sans grande importance pour deux raisons. La première, dès lors que l'article 120-9^e prévoit désormais que seuls les produits distribués par un trust sont imposables à l'impôt sur le revenu; les produits accumulés ne le sont pas, sauf à considérer qu'il conviendrait d'opérer une distinction entre les trusts soumis à un régime fiscal privilégié qui relèverait de l'article 123 bis, et ceux qui ne sont pas soumis à un tel régime qui relèverait de l'article 120.9, distinction que la loi ne prévoit pas. Mais que veut dire « soumis à un régime fiscal privilégié » pour un trust qui n'est pas en règle générale une entité imposable en tant que telle ? Rappelez-vous ce que je vous ai dit : le trust n'existe

pas en tant que tel, c'est une relation juridique. Il existe une autre raison permettant d'exclure l'application des dispositions de l'article 123 bis, lorsque le trust est irrévocable et discrétionnaire. Lorsque c'est le cas, ni le constituant (qui s'est définitivement dépouillé des actifs transmis dans le trust (« *he drops out of the picture* »)), ni les bénéficiaires (qui ont simplement vocation à recevoir une distribution, lorsque le trustee l'aura jugé approprié) ne peuvent ni de près ni de loin être réputés posséder des droits dans le trust. Et la loi de 2011 ne contient aucune disposition permettant d'étayer la thèse contraire.

B. TAXATION A L'ISF

Par une fiction de la loi, et alors même que le trust est irrévocable et que le constituant ne serait pas bénéficiaire et qu'il n'en tire donc aucun revenu, il est traité comme si les biens du trust lui appartenaient toujours. À l'inverse, les avoirs du trust ne sont jamais imposables à l'impôt sur la fortune au nom des bénéficiaires, alors même qu'ils peuvent procurer des revenus à ces derniers, sauf bien entendu si le bénéficiaire est également constituant ou s'il est réputé être constituant au décès du constituant initial. Étrange taxation...

L'imposition à l'ISF des biens placés en trust s'effectue selon les règles de droit commun. Les biens et droits placés dans un trust, ainsi que les produits qui sont capitalisés, sont compris dans le patrimoine imposable du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant selon les règles de droit commun.

Il en résulte notamment que les personnes physiques qui n'ont pas été domiciliées en France au cours des cinq années précédant celle au cours de laquelle elles deviennent résidentes de France, ne sont pas imposables à l'ISF, à raison des biens du trust qui ne sont pas situés en France jusqu'au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle de leur établissement en France. Les autres exonérations de droit commun prévues par la loi s'appliquent également (par exemple les œuvres d'art qui sont bien entendu exonérées, qu'elles soient détenues directement ou par l'intermédiaire d'un trust). En présence de plusieurs bénéficiaires réputés constituants et en l'absence de répartition dans l'acte de trust ou de dispositions ou décisions complémentaires, l'actif du trust est réputé réparti à part égale entre chacun des bénéficiaires. J'attire votre attention (mais nous y reviendrons) sur le fait qu'au décès du constituant, alors même qu'il n'y aurait aucune affectation des actifs entre les bénéficiaires, des droits de mutation à titre gratuit au taux de 60 % sont tout de même exigibles !. François reviendra sur la question des DMTG.

C. LE PRELEVEMENT SPECIFIQUE

La loi de 2011 a inventé un nouvel impôt qualifié de « prélèvement spécifique » (PS) ou *sui generis*, qui a pour objet de sanctionner le défaut de déclaration par les bénéficiaires au titre de l'ISF des biens placés dans un trust. Le Bofip confirme que, selon l'administration, ce prélèvement n'est pas couvert par les conventions fiscales au motif qu'il n'est pas assimilable à l'ISF alors qu'il n'est pas nié qu'il en constitue le substitut. Etrange taxation.....Je crois que j'ai omis de vous dire qu'au contraire, il est admis que les conventions fiscales s'appliquent à l'ISF lorsque les biens dont il s'agit sont dans un trust. Le Bofip a toutefois levé heureusement une ambiguïté de la loi selon laquelle le prélèvement concerne les constituants et les bénéficiaires d'un trust. Le Bofip a précisé qu'il s'agissait bien des bénéficiaires « réputés » constituants. Le Bofip précise également que c'est le constituant initial ou fiscal qui est le redevable de ce prélèvement alors même qu'il est acquitté par le trustee. Le prélèvement est assis sur la valeur vénale au 1^{er} janvier des biens composants le trust et il est calculé au taux le plus élevé du barème de l'ISF, soit désormais 1,5 %. Le prélèvement a néanmoins une assiette plus large que celle de l'ISF. Il peut s'appliquer en effet, à la différence de l'ISF, aux biens exonérés d'ISF (biens professionnels, œuvres d'art...). Il n'existe pas de seuil d'imposition en matière de prélèvement et aucune exonération n'est prévue non plus au profit des nouveaux résidents.

Le prélèvement ayant pour finalité de sanctionner le défaut de déclaration à l'ISF, il n'est logiquement pas dû lorsque les biens du trust (premier cas) sont inclus dans l'assiette de l'ISF du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant, ou (deuxième cas) lorsqu'il figure dans la déclaration souscrite par le trustee lorsque le patrimoine du constituant n'atteint pas le seuil d'imposition à l'ISF. Attention, pour que le prélèvement ne soit pas dû, encore faut-il que les biens du trust aient été régulièrement déclarés. Entre d'autres termes, si c'est à l'issue d'un contrôle fiscal que l'ISF est réclamée, rien ne dit que le prélèvement ne pourrait pas l'être également. On ne peut qu'espérer que l'administration n'utilisera pas systématiquement cette faculté qui lui est offerte par la loi.

Je passe à présent la parole à François pour les DMTG

D. TAXATION AUX DMTG

Francois Tripet

Je rappelle que l'objectif officiel de la loi est, je cite ,de " remédier à l'insécurité juridique résultant de la singularité des concepts de trust" .Or la loi du 29 Juillet 2011 a pris le parti délibéré de répondre à l'insécurité juridique par la création de concepts fictifs qui, bien entendu, ont pour conséquence première de créer une insécurité bien plus grande que celle qu'elle prétendait combattre ! Dans le « Cratyle », Platon nous dit que « la perversion de la Cité commence par la fraude des mots » .

Jugez-en ! Prenons le mot de "constituant". Chacun est à même de comprendre qu'un constituant est celui qui constitue un trust, c'est à dire celui qui, par un acte de volonté personnelle, transfère des biens dont il était propriétaire au trustee, c'est à dire au nouveau propriétaire (dont on sait, par les particularités de la Law of trust, qu'il ne peut en jouir pour lui même mais seulement dans l'intérêt de bénéficiaires). On voit donc que la constitution d'un trust opère trois phases distinctes : quelqu'un qui agit et qui sait pour quoi il le fait ; puis quelqu'un qui consent à exercer les lourdes responsabilités d'un propriétaire sans pouvoir jouir de la propriété en cause (parfois il en tire une rémunération, parfois il le fait gracieusement) ; enfin des personnes qui sont étrangères aux deux premières phases au point qu'elles peuvent en ignorer totalement l'existence, et qui , un jour (ou parfois jamais !) recevront du revenu et/ou du capital et n'auront pour seul effort à commettre que de dire , explicitement ou implicitement : " j'accepte !" .

On a du mal à croire que cette situation ne produirait que de l'étrangeté et donc de l'insécurité. En effet, prenons le cas d'un père qui rend visite à sa compagnie d'assurance et décide de lui transmettre de l'argent afin que cette dernière, lorsque l'enfant sera adulte et que le père sera mort, lui remette le précieux pécule qui lui permettra de mettre le pied à l'étrier dans sa vie professionnelle ou privée. En quoi cette situation, pour le moins naturelle, serait elle fondamentalement différente du mécanisme d'un trust où le même père transmet l'argent à un trustee afin de permettre à ce dernier de remplir la même mission que la compagnie d'assurance ? La plupart des esprits, dans cette salle, auront trouvé la bonne réponse : la compagnie d'assurance est sous l'étroit contrôle de Bercy tandis que le trustee jouit d'une insupportable indépendance. Le vrai but de la loi de 2011 n'est pas de mettre fin à des singularités insécures mais de placer tous les trusts sous

12

l'étroit contrôle de Bercy. Cependant, comme l'atteinte aux libertés est un objectif fâcheux, on a trouvé plus commode d'accuser son chien de la rage afin de mieux le museler, comprenez qu'on a trouvé plus commode d'accuser tous les trusts sans exception d'être des instruments de fraude pour mieux les mettre en coupe réglée .

Pour parvenir à cet objectif, le plus étonnant est que le législateur n'a jamais été aussi loin dans la "fraude des mots", source inévitable d'une insécurité juridique majeure :

C'est ainsi qu'en matière de DMTG, nous avons désormais deux types de constituants de trust : le constituant "initial", le vrai constituant ; et le constituant "fiscal", celui qui est réputé avoir constitué le trust parce que le constituant initial est décédé.

Ce "constituant fiscal" se trouve être le bénéficiaire du trust dont le constituant initial est décédé (j'espère que vous suivez ?) Et, s'il y avait plusieurs bénéficiaires du trust, nous nous trouverons donc en présence de plusieurs "constituants fiscaux", non pas chacun pour une part virile (cela n'aurait aucun sens) mais chacun pour le tout. Bien entendu, certains bénéficiaires qui ignoraient leur qualité de "bénéficiaire" et qui habitent en France découvriront avec effarement , quelques temps après le décès du constituant initial ou même vingt ans plus tard, qu'ils sont réputés avoir "fictivement" constitué un trust dont ils peuvent tout ignorer , tandis que leurs cousins qui habitent l' Australie apprendront par Internet qu'ils ont été exemptés des rigueurs de la fiction fiscale française parce que ceux qui habitent en France ont été pris en otage de leurs propres obligations , du reste exprimées dans une langue de Molière qui leur reste incompréhensible !

C'est à partir de cette première "fraude des mots" que le législateur a conçu quatre cas d'imposition aux DMTG :

- Premier cas :

La transmission d'actifs par voie de trust est supposée "qualifiable" de donation ou de succession. En pareil cas, les actifs du trust sont purement intégrés à la donation ou à la succession en cause et taxés selon le lien de parenté établi entre donateur et donataire ou entre défunt et successible. Pour ma part, j'ai du mal à discerner les situations où une telle transmission serait qualifiable de donation ou de succession puisque, de l'aveu même du législateur, le trust opère une transmission "atypique" ? Sans doute s'agit-il des cas où le trust serait une telle

"fiction" (un tel "sham") qu'en quelque sorte il "inexisterait" ?

- Deuxième cas :

À la date du décès du constituant initial ou bien à la date du décès du constituant fiscal (si le constituant initial est décédé), nous sommes en présence d'une transmission trustale portant non seulement sur des biens déterminés mais également sur des bénéficiaires déterminés. Dans ce cas, on fera comme si les actifs trustaux s'ajoutent aux actifs successoraux et on taxera le tout comme s'il s'agissait d'une succession normale taxable selon le degré de parenté pertinent. Toutefois, comme la transmission trustale reste "atypique", elle ne peut pas supporter des DMTG.

Qu'à cela ne tienne ! Le législateur a inventé un nouvel impôt, les DMD (droits de mutation par décès) qui présentent la particularité d'être identiques aux DMTG. Quand je vous disais tout à l'heure que cette loi opère une "fraude des mots", vous en avez un exemple supplémentaire : on invente un nouvel impôt pour répondre à une situation atypique afin qu'elle puisse être traitée comme si elle n'était pas atypique ! Jadis, l'abus de droit avait pour objectif de réprimer la fraude à la réalité. Ici, l'abus de mots a pour objectif d'anéantir la réalité en lui substituant une fiction !

- Troisième cas :

À la date du décès du constituant initial ou du constituant fiscal (qui a pris, bien malgré lui, sa "succession" !), nous sommes en présence d'une transmission trustale portant sur des biens déterminés mais qui sont dus "globalement" aux seuls descendants du constituant initial ou aux seuls descendants du constituant fiscal : dans ce cas, un taux de 45% vient frapper cette transmission trustale. Par suite d'une nouvelle fraude de mots, les droits qui sont dus sur cette transmission pourtant atypique ne sont plus les DMD mais les DMTG. Cela ne change rien quant à l'incidence financière mais on s'interrogera tout de même sur le fondement légal des droits de mutation "à titre gratuit" alors que la transmission n'est nullement "à titre gratuit" mais "à titre atypique". (Rappelons, une fois encore que cette "atypicité" est la raison même de la loi du 29 Juillet 2011 : par conséquent, si les situations atypiques s'avèrent ne plus être que des situations normales puisqu'elles sont traitées "normalement", on se demande bien qu'elle est la cause de cette loi ?).

- Quatrième cas :

À la date du décès du constituant initial ou du décès du constituant fiscal, nous sommes en présence de tous types de situations qui n'ont pu être visées par les cas 1, 2 ou 3 ci avant évoqués. Par exemple, on sera en présence d'une transmission trustale d'actifs "non déterminés", ou bien en présence d'actifs déterminés transmis à des non descendants du constituant initial ou du constituant fiscal, ou bien encore en présence d'une non transmission d'actifs : les cerveaux imaginatifs de Bercy ont inventé, (c'est, semble t il, une première mondiale car, aux USA, la fameuse "tax on generation skipping transfers" n'était pas allée aussi loin !) un impôt de mutation à une non mutation ! En effet, la loi prévoit expressément que des droits non seulement de "mutation" mais au surplus "à titre gratuit" (donc les DMTG classiques) sont effectivement dus dans les cas où, après le décès du constituant initial ou du constituant fiscal, les biens du trust ne sont attribués à nulle personne et restent donc dans le trust.

Au titre de ce quatrième cas, l'impôt est du au taux unique de 60%.

Chacun aura compris qu'il ne fait pas bon d'être bénéficiaire d'un trust car on peut se voir demander un impôt égal à 60% de la valeur de biens dont on ne verra jamais la couleur. C'est ce qui m'a fait écrire dans une précédente chronique que le trust va devenir ainsi, par la simple vertu d'une phénoménale fraude des mots, l'arme absolue contre mes meilleurs ennemis : il suffit que je nomme bénéficiaire d'un trust un ennemi à qui rien ne sera jamais versé, pour qu'à mon décès sa ruine financière soit automatique ! CQFD !

Il existe en quelque sorte un cinquième et un sixième cas qui ajoutent à l'étrangeté des raisons pour lesquelles le législateur a concocté la loi du 29 Juillet 2011 :

- Cinquième cas :

En effet, si un trust a été constitué après le 11 Mai 2011 alors que son constituant initial était **résident fiscal** de France, et qu'il lui arrive de décéder à partir du 31 juillet 2011, la transmission ou la non transmission d'actifs trustaux sera toujours taxable à 60%, même si, en cas de transmission réelle, cette dernière est qualifiable de donation ou de succession, même si la transmission porte sur des biens déterminés à des bénéficiaires déterminés ou encore même si la transmission s'opère au profit de ses propres descendants. Si ce constituant initial décède entre le 12 Mai et le 30 Juillet 2011, ce sera le constituant fiscal qui sera réputé fictivement décéder pour s'infliger à lui même un taux de 60% !

Le législateur a entendu ainsi sanctionner lourdement tous ceux qui résidant en France au moment où il concoctait les termes de sa future loi du 29 juillet 2011, avaient osé braver les censures en préparation en constituant leur propre trust, en faisant preuve, semble t il, d'une rare inconscience. Même si la loi ne le dit pas expressément, chacun aurait du comprendre qu'en réalité, il ne s'agissait pas de mettre en place un nouveau système de taxation des trusts, mais bien plutôt, par l'effet d'un corpus de fictions étonnantes, d'en interdire radicalement l'usage .C'est pourquoi pareille bravade ne pouvait mériter, éternellement, qu'un taux d'impôt confiscatoire de 60% !

Prenons le cas bien réel de deux frères jumeaux américains : l'un vit à New York et a constitué son trust le 10 Mai 2011 avant de venir prendre sa retraite dans sa villa d'Antibes sur la Cote d'Azur. L'autre est attaché d'ambassade américaine à Paris et a constitué son trust à New York le lendemain 11 Mai 2011 et prendra prochainement sa retraite dans le Wisconsin. Au décès du premier jumeau à Antibes, les DMTG normaux seront dus. En revanche, au décès du second jumeau dans le Wisconsin, des droits français de 60% seront dus ! Cherchez la cohérence et la logique du système bien "étrange" mis en place par notre législateur ?

- Sixième cas :

Il se réfère à la situation des trusts dont **le trustee " est soumis à la loi d'un ETNC"** : dans tous les cas, au moment du décès du constituant initial ou du constituant fiscal, l'impôt (les DMTG classiques !) sera du au taux de 60% .On aurait pu penser que le législateur entendait ainsi sanctionner les trusts installés dans des paradis fiscaux qui sont effectivement " sa bête noire" ! Mais la loi ne se réfère qu'à la governing Law du trustee et non pas à la governing Law du trust ! C'est ainsi qu'un bon trust américain tombera dans la trappe fiscale qui lui est tendue parce que l'un des trustees vit aux Iles Vierges Britanniques, pays qualifié d'ETNC ! En revanche, un abominable trust des BVI échappera à cette trappe fiscale parce que son bon trustee vivra au Canada. Cherchez la logique !

Avant d'en terminer avec le chapitre des DMTG (ou des DMD !), je voudrais aborder rapidement deux points d'assiette : la territorialité et les "valeurs".

En ce qui concerne la **territorialité** des DMTG, on se référera aux règles classiques de l'article 750 ter (sous réserve des règles des conventions en matière de droits de succession et des quelques conventions en matière de droits de donation), à savoir :

- si le constituant initial ou le constituant fiscal, au moment de son décès, est résident fiscal de France, les DMTG ou les DMD sont dus sur l'ensemble des biens du trust qui font l'objet d'une transmission ou qui restent dans le trust.
- si le constituant initial ou le constituant fiscal, au moment de son décès, n'est pas résident fiscal de France : les DMTG ou les DMD sont dus sur l'ensemble des biens si le bénéficiaire est résident fiscal de France et l'a été pendant au moins six ans.
- si le constituant initial ou le constituant fiscal, au moment de son décès, n'est pas résident fiscal de France : les DMTG ou les DMD ne sont dus que sur les seuls biens situés en France, soit parce que le bénéficiaire est résident de France mais l'a été depuis moins de six ans, soit parce qu'il n'est pas résident de France.

En ce qui concerne les "**valeurs**", la loi se réfère expressément à la "valeur vénale nette" des biens, droits ou produits capitalisés.

Il résulte des articles L17 du LPF, 666 du CGI, 1675 et 1681 du Code Civil et R 123-178 du Code de Commerce que la valeur vénale d'un bien doit être déterminée par le prix qui aurait été acquitté dans des conditions normales de marché, ce qui revient à identifier des biens comparables, constater l'existence d'un véritable marché et exclure ce qui ne relève pas des conditions normales de marché. Dans son arrêt du 23 Octobre 1984 (82-17-057 GFA de Plaimpied) la Cour de Cassation rappelle que la valeur vénale (ou la valeur vénale réelle, les deux expressions ayant une signification identique) est constituée par "le prix qui pourrait être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel compte tenu de l'état dans lequel se trouve le bien avant la mutation et des clauses de l'acte".

Certains auteurs ont commenté cet arrêt en concluant que la valeur vénale d'un bien correspond au prix qu'il est possible d'obtenir pour des biens comparables, à une date donnée, sur un marché abondant et ouvert, et en l'absence de toute convenance personnelle.

Je vous prie de noter que le législateur n'a pas employé les termes de "valeur intrinsèque" ou bien de "valeur réelle" mais seulement de "valeur vénale" (qui, au surplus, est "nette", c'est à dire après déduction des dettes).

Or, en matière de trust, tout spécialement à l'égard des trusts discrétionnaires, la vocation de bénéficiaire n'est ni interchangeable ni appuyée sur des droits¹⁷

quantifiables .Dans ces conditions, lorsque le décès du constituant initial ou fiscal n'emporte pas de transmission de biens et que ceux ci restent dans le trust, la détermination de la valeur "vénale" de biens non transmis devrait pouvoir faire l'objet d'une conclusion simplissime : " néant" ou , à la rigueur, "pour mémoire" ! A cet égard, il ne sera pas inutile de s'abriter derrière une mention expresse du contribuable, pour faire valoir que la valeur "vénale" d'un bien trustal est par essence égale à zero.

IV. IMPRECISIONS DES DEFINITIONS DE LA LOI DE 2011

La loi de 2011 a voulu inaugurer un système "complet" de taxation des trusts sans se donner la peine de définir ce qu'est un trust, qui en sont les acteurs et de quoi sont ils constitués. En temps normal, cette peine est inutile puisqu'il suffit de se référer au Code Civil, grand pourvoyeur de définitions de fond, ou encore à quelques codes spécialisés lorsque le besoin se fait sentir d'entrer dans les détails.

En matière de trust, depuis 50 ans, les gouvernements français successifs ont développé une gêne constante à l'égard de cet outil qui a fini par tourner, sous l'impulsion de quelques cerveaux de Bercy, par une véritable incompréhension à l'encontre du trust, sinon accusé de toutes les fraudes, du moins convaincu de toutes les voyouteries fiscales .Dans ce contexte, il n'était évidemment pas convenable d'attribuer à ce voyou l'honneur de quelques définitions . On a donc inauguré le régime bien commode des "approximations" (politique inaugurée par le fameux slogan des "institutions comparables") qui dispensent de toute rigueur juridique. Je me souviens d'un haut fonctionnaire de la DGI qui, en guise de raisonnement, me disait " vous n'allez pas me faire croire que d'une certaine façon ce trust là ne ressemble pas à une sorte d'assurance vie ! ".Quand le "sentiment" subjectif tient lieu de raisonnement juridique, l'arbitraire n'est pas loin !

Je vous propose de passer en revue cinq éléments non définis : le trust, le constituant, l'administrateur de trust, le bénéficiaire, et les produits de trust.

Le trust :

Le Bofip prétend que la définition de la loi de 2011 reprend " en substance" (toujours ce gout pour les approximations !) la définition de la convention de la

Haye du 1er Juillet 1985 consacrée à la reconnaissance internationale du trust .. Outre le fait qu'il y a une certaine imposture intellectuelle à se référer à une convention que le Parlement français se refuse obstinément à ratifier depuis 30 ans, on observera des différences assez considérables entre les deux approches (j'en parle d'autant plus volontiers que j'ai été entre 1979 et 1985 un auditeur attentif des débats qui ont eu lieu à la Haye) .

C'est ainsi que la définition conventionnelle précise que des biens ont été placés sous le contrôle du trustee mais ne prend nullement position sur la question de savoir si ces biens là sont ceux qui ont été apportés **par** le constituant. C'est un fait que de nombreux trusts sont constitués par des personnes qui n'y apportent pas leurs biens, notamment des trusts constitués par voie de justice ou bien des trusts constitués à titre de séquestre, etc. Au contraire, la définition retenue par la loi de 2011 fait du constituant la personne qui y a apporté nécessairement des biens qui lui étaient propres, ce que le Bofip confirme pleinement. C'est si vrai que la loi entend ne pas se laisser distraire par des "faux constituants" c'est à dire des constituants agissant à titre professionnel ou à titre fiduciaire pour le compte du "vrai" constituant , en l'envisageant expressément dans son article 792 O bis I - 2.

Autre exemple : la convention ne s'oppose pas à ce qu'un trustee figure parmi les bénéficiaires (" le fait qu'un trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust") alors que la loi de 2011 ne l'envisage absolument pas.

Autre exemple : la loi de 2011 se borne à indiquer que les biens sont placés sous le contrôle du trustee sans indiquer les modalités (pourtant essentielles) de ce contrôle. Au contraire, la convention de 1985 précise que ce contrôle s'opère "selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la Law of trust".

En adoptant une définition volontairement floue et générale, qui confine à la non définition, le législateur français a entendu ne pas se laisser enfermer dans un corpus de mots et de concepts qui lui restent fondamentalement obscurs: autrement dit, il a légiféré dans un domaine qu'il ne maîtrise pas ni ne cherche même pas à maîtriser .C'est ainsi que sont réunies les conditions d'une fondamentale ambigüité et donc d'une insécurité qu'il prétend pourtant officiellement "réduire" !

Le constituant :

La loi définit le constituant comme la personne qui, par acte entre vifs ou à cause de mort, a créé hors de France un ensemble de relations juridiques en vue d'y placer des biens ou droits sous le contrôle d'un administrateur,....etc.

Précisons d'abord qu'il s'agit de "ses" biens. Le Bofip précise que cette définition permet d'appréhender la réalité économique car il s'agit de rechercher le "véritable" constituant du patrimoine duquel sont issus les biens placés en trust". Par ailleurs, le (réel) constituant ne peut être qu'une personne physique. On en déduit que les trusts constitués par des personnes morales n'agissant que pour leur propre compte et les trusts co-constitués par une ou plusieurs personnes physiques et une ou plusieurs personnes morales (chacune agissant pour son propre compte et non pas à titre professionnel ou fiduciaire pour le compte de tiers) NE SONT PAS DES TRUSTS VISES PAR LA LOI. Du reste, la loi précise qu'un trust ne peut être constitué que par acte entre vifs ou à cause de mort, ce qui exclut d'office tous les trusts créés par des "non personnes physiques". En effet, les "non personnes physiques" sont douées d'existence mais elles ne sont pas douées de "vie" et ne peuvent donc commettre des actes "entre vifs"; de même, n'étant pas douées de "vie", elles ne peuvent "mourir" et ne peuvent donc commettre des actes "à cause de mort". Or, nombreux sont les trusts qui ne sont pas créés par des personnes physiques : outre ceux qui sont créés par voie de justice, citons les trusts qui sont créés par...d'autres trusts ! Ou bien des trusts qui sont créés par des trustees au titre d'un "pouring out"; ou bien des trusts qui sont créés par des personnes morales ou des personnes n'ayant pas la personnalité morale tout en étant pas davantage des personnes physiques. Citons même le cas de personnes physiques qui sont déclarées judiciairement constituant et trustee d'autrui et qui, bien évidemment, n'ont pas agi par acte entre vifs ou à cause de mort : toutes ces situations ne sont pas concernées par la loi de 2011.

Allons plus loin : la loi dispose que le constituant est la personne physique qui y a placé "ses" biens. S'il est en vie, on peut comprendre comment il s'y est pris. Mais s'il est mort, comment peut-il placer "ses" biens dans un trust qui va nécessairement être constitué après son décès ? Si la loi successorale applicable à son décès est une loi civiliste connaissant le principe de la saisine des héritiers, ce sont ces derniers qui sont directement saisis des biens du défunt par le seul effet de son décès.

Le défunt n'est que l'inspirateur du trust dont les constituants (s'ils veulent bien, à leur totale discrétion, respecter les volontés du défunt !) sont ses héritiers₂₀

lesquels vont en quelque sorte donner mandat au trustee de fonder un trust (en mémoire de la volonté du défunt !) pour leur propre bénéfice ou bien encore pour le bénéfice de tiers ! Cette situation cadre évidemment mal avec l'approche du Bofip qui recherche le "réel constituant" mais, pour se faire, se voit contraint de tenir pour inexistant la règle d'ordre public de l'article 913 du Code Civil relative à la saisine des héritiers !

On notera avec un amusement horrifié que si l'héritier "constituant" est la seconde épouse du défunt tandis que les enfants du défunt sont les bénéficiaires du trust testamentaire au décès de leur belle mère, on en conclura qu'ils pourraient supporter des DMTG au taux de 60 % puisque la belle mère aurait été, à son corps défendant, la "constituante" d'un trust dont elle n'aura été ni l'inspiratrice, ni l'ordonnatrice de biens qu'elle n'aura jamais détenus ou possédés !

Admettons maintenant que la loi successorale applicable au défunt soit une loi de common Law instituant le principe de "l'estate" : en pareilles circonstances, c'est l'exécuteur testamentaire qui recueille les biens du défunt et qui en est propriétaire absolu jusqu'à temps qu'il ait terminé son Exécution .la définition de la loi et l'approche du Bofip cadrent mieux avec cette situation car le constituant du trust va être l'exécuteur testamentaire qui agira à titre professionnel pour le compte de l'estate en apportant au trust des biens ayant appartenu au défunt .

Pour terminer et ajouter encore un peu plus à la confusion, précisons que les deux concepts de "constituant fiscal" et de "constituant apparent agissant pour le compte du constituant réel" ne s'appliquent qu'en matière de DMTG, de DMD et d'ISF. Ces concepts n'existent pas en matière d'IR et de PS (quoique le Bofip ait publié une position contraire en matière de Prélèvement Spécifique !) .La loi inaugure ainsi ce qu'il est convenu d'appeler de la "haute couture fiscale virtuelle" !

L'administrateur de trust :

L'administrateur de trust supporte, aux termes de la loi de 2011, de lourdes responsabilités déclaratives assorties de sanctions considérables. On s'attendait donc à ce que la loi apporte un soin particulier à sa définition, tandis que le Bofip apporterait la touche finale des précisions nécessaires. Il n'en est rien ! La loi forge un nouveau terme " d'administrateur de trust" sans le définir tandis que le Bofip bascule dans la désinvolture en précisant que le mot "trustee" dans la convention

de La Haye et le mot "administrateur de trust" dans la loi sont "très proches" !

Faute de toute indication, reprenons donc les définitions de base du Code Civil :

En droit positif français, il n'existe que trois types d'administrateur : l'administrateur légal de l'article 382 C Civ. que le parent détient naturellement sur les biens de l'enfant mineur ; l'administrateur judiciaire qui tient son mandat par décision de justice; en fin l'administrateur ordinaire qui tient son mandat de l'article 1984 C Civ. A ce titre, l'administrateur est la personne chargée de l'administration de biens ou droits en vertu d'un mandat lui conférant des pouvoirs d'administration et parfois des pouvoirs de disposition des biens dont il a la charge . Il n'existe pas de mandat sans mandant : le mandataire, nous dit l'article 1984 C Civ. agit volontairement pour le compte du mandant **et en son nom**. Or l'un des principes les plus fondamentaux de la Law of trust est que le trustee n'est pas le mandataire du settlor et n'agit jamais en son nom et pour son compte, sauf le cas paradoxal des dénis-de-trust («sham trust») ! Doit-on en tirer la conclusion que la loi n'a entendu viser que des "sham trusts" ? En ce cas, tout trust, dès lors qu'il n'est pas prouvé être un "sham", serait par définition, hors du champ d'application de la loi ?

Cette approche, plutôt radicale, n'est pas pourtant dénuée de fondement : en effet, le but véritablement initial de la loi de 2011 avait été de réagir contre certains trusts de banque installés dans des paradis fiscaux qui narguaient Bercy. La discussion parlementaire a tourné ensuite à la confusion au point que la loi a entendu viser, sans distinction, "tous les trusts hormis quelques trusts de retraite ou d'investissement", essentiellement par opportunisme financier afin d'éviter un effondrement de la place financière de Paris.

Il ne serait donc pas infondé de soutenir que tout trust véritable, qui n'est pas un sham, n'est pas visé par l'article 792 O bis, étant donné que la caractéristique majeure d'un sham est précisément de faire du trustee un administrateur gestionnaire agissant pour le compte du constituant.

Gageons cependant que les cerveaux n'ont pas concocté cette loi pour qu'elle ne s'applique qu'à quelques trusts frauduleux, mais au contraire pour que tous types de trust tombent désormais sous de vigilantes obligations déclaratives.

Toutefois, il n'est pas inintéressant de rappeler que la France a signé et ratifié une convention du 14 Mars 1978 (entrée en vigueur en France le 1er Mai 1992) relative à la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Aux termes de l'article 3 de cette convention, il est dit que "le trustee n'est pas considéré comme un intermédiaire agissant pour le compte du trust, du constituant ou du bénéficiaire". Voilà une affirmation conventionnelle pleine de sagesse et d'exactitude ! Doit-on en conclure qu'un administrateur de trust, parce que son nom même implique qu'il agisse pour le compte du constituant et en son nom, ne peut être confondu avec un trustee et qu'en conséquence tout trust véritable ne saurait être visé par l'article 792 O bis ?

Faute de pouvoir apporter des réponses certaines à ces interrogations pourtant fondamentales, poursuivons notre marche dans l'exploration de cette loi décidément bien étrange :

La loi de 2011 semble n'envisager que le cas de trusts comportant "un seul " administrateur. On en a la démonstration indirecte par le biais des obligations pesant sur sa personne. En effet, lorsqu'à la date du décès d'un constituant, une part globale ou une part indéterminée est due à des bénéficiaires, les DMTG sont acquittés et versés par « l'administrateur du trust ». Ce dernier est donc le "redevable de l'impôt". Or, une telle qualité ne se présume pas et doit être expressément prévue par la loi. Cette qualité ne peut être échangée ou substituée au profit d'un tiers, fut il coadministrateur de trust. De la même façon, la solidarité fiscale entre coadministrateurs d'un trust ne se présume pas et doit être expressément prévue par la loi. On en déduit que tout trust comportant plusieurs "administrateurs de trust" est fortement passible de ne pas pouvoir être visé par l'article 792 O bis !

Par ailleurs, le fait qu'un administrateur de trust soit soumis à la loi d'un ETNC, entraîne des conséquences d'une particulière sévérité puisque, outre un taux de DMTG de 60%, les bénéficiaires se retrouvent solidairement responsables des défaillances de cet administrateur (peu importe que lesdits bénéficiaires soient informées de leur qualité : on leur laisse la surprise d'apprendre tout à la fois qu'ils sont bénéficiaires et ruinés par les saisies fiscales ! C'est ce qui m'a fait dire que le trust est décidément l'arme absolue contre mes meilleurs ennemis !).

Or qu'en est il lorsqu'au lieu d'un seul administrateur, le trust est gouverné par un administrateur personne physique et une personne morale (chacun pouvant relever de la loi d'un ETNC ou au contraire d'un Etat honorable, ou les deux), ou bien encore plusieurs administrateurs personnes physiques dispersés entre plusieurs Etats ou encore plusieurs administrateurs personnes morales dispersés entre plusieurs Etats, dont certains sont des ETNC et d'autres ne le sont pas ? Dans la mesure où la solidarité ne se présume pas, comment fera t on jouer concrètement l'exigence du taux de 60% et la solidarité au paiement des bénéficiaires faute d'avoir été en mesure d'identifier l'administrateur défaillant qui, par hypothèse, est supposé avoir sa résidence dans un ETNC ? La chose se complique lorsque l'on rappelle que la loi d'un trust peut être différente de la loi à laquelle un administrateur est soumis et que seule, cette dernière, est prise en compte par la loi de 2011.

Enfin ni la loi ni le Bofip n'envisagent le cas pourtant fréquent où l'administrateur (ou bien les administrateurs) change en cours d'année : on chercherait en vain le principe légal selon lequel son ou ses successeurs serait tenu des obligations déclaratives censées avoir été virtuellement contractées par le prédécesseur (s) à raison d'un situation pouvant avoir existée au 1er janvier précédant ou à toute autre date pertinente en cas de décès, de donation , ou de modifications quelconques de l'acte de trust ? Ou se niche, dans notre droit fiscal positif, le principe selon lequel le Trésor Public français bénéficierait d'un droit à voir exécuter à son profit des obligations contractées (ou qui auraient du être contractées) par une personne qui n'est plus en fonction (ou même qui n'existe plus) dès lors qu'aux termes de la loi, les obligations en cause n'incombent ni au trust ni aux bénéficiaires mais au seul administrateur du trust "in personam" ?

Une dernière observation, en matière de définition de l'administrateur de trust, se rapporte à la notion de "contrôle" : la loi précise que l'administrateur est identifié comme celui sous le contrôle duquel des biens ou des droits ont été placés. Faut il en déduire que "celui qui a le contrôle effectif est l'administrateur" ? Dans ce cas, on devrait en conclure que, dans l'hypothèse d'un trust révocable dont le constituant est l'un des bénéficiaires, voire l'unique bénéficiaire, il devrait être déclaré administrateur du trust dont il est le constituant ? Cependant, la loi distingue clairement le constituant et l'administrateur de trust en sorte qu'il parait difficile que le législateur ait pu envisager qu'il s'agisse de la même personne ! La situation pourrait même devenir cocasse dans le cas où le bénéficiaire est réputé

constituant par suite du décès du constituant initial : on serait alors en présence d'un trust où le constituant, le trustee et le bénéficiaire seraient "fiscalement" ...une seule et même personne !

Dans d'autres hypothèses où il existe un "protector", un "advisor" ou un "appointor" qui, parfois exercent la réalité du contrôle, faudrait-il en conclure qu'ils sont des "administrateurs de trust" déchargeant corrélativement le trustee de ses obligations déclaratives ? Cette hypothèse paraît peu probable même si la tentation de Bercy de faire prévaloir la réalité sur les apparences n'est jamais éloignée. En effet, le Fisc devrait supporter d'abord la charge de la preuve de la réalité du contrôle avant de pouvoir utilement prendre position, ce qui relèverait d'une tâche particulièrement ardue.

Le bénéficiaire de trust :

La loi de 2011 ne définit pas ce qu'est un "bénéficiaire" de trust, ce qui s'explique d'autant plus que le Code Civil ne connaît aucune définition du "bénéficiaire" (il n'envisage que les "bénéfices").

Le Bofip, quant à lui, écarte le bénéficiaire juridique d'un trust et ne retient que le "bénéficiaire fiscal" qu'il définit comme étant celui qui est "désigné" comme "attributaire" des produits du trust "versés par " l'administrateur du trust et /ou comme attributaire en capital des biens ou droits du trust, en cours de vie ou lors de son extinction.

On retiendra de cette intéressante définition qu'un bénéficiaire "non désigné", n'existe ! S'il est désigné, il faut qu'il soit "attributaire". Ce mot plutôt nouveau, sinon incongru, est appréhendé par le Grand Dictionnaire de la langue Française comme celui à qui est attribué un bien dans un partage (le mot provient du latin "ad-tribuere" qui signifie "répartir entre les tribus", désignant ainsi le mécanisme par lequel les prises de guerre étaient réparties entre les clans associés à la victoire). Par ailleurs, le Grand Dictionnaire indique que le "bénéficiaire" est la personne qui bénéficie d'un avantage, d'un droit ou d'un privilège. Il est donc acquis qu'en langue française, un bénéficiaire ne saurait être qualifié de tel sur le fondement de simples espoirs ou d'expectatives. Du reste, notre droit positif ne connaît pas les bénéficiaires virtuels mais seulement les bénéficiaires qui ont droit à quelque chose de réel. (Selon mes souvenirs, seul le fiancé ou la fiancée se voient reconnaître un droit à indemnisation, par suite de la disparition fautive de l'être aimé, en raison de l'espérance déçue d'un mariage promis). Autrement dit,

25

l'attributaire d'un produit ou d'un bien n'est pas celui à qui cela pourrait être attribué mais bien à celui à qui cela a été attribué ou doit être attribué . Dans le cadre d'un trust dont les distributions sont soumises à la discrétion (et non pas à l'arbitraire) du trustee , un bénéficiaire ne semble pouvoir exister que s'il a été non seulement désigné mais encore a reçu une distribution . Encore faut il ajouter que, compte tenu du principe de l'annualité de l'impôt, un bénéficiaire qui n'a rien reçu au titre d'une année (alors même qu'il aurait reçu une distribution quelconque au titre d'une année précédant) ne devrait pas être qualifiable de "bénéficiaire" au titre de l'année au cours de laquelle il n'a rien reçu . Cette interprétation aura évidemment des conséquences importantes en matière d'obligations déclaratives annuelles d'un trustee : en effet si les bénéficiaires résidents de France sont les seuls éléments de rattachement français d'un trust, leur non existence en qualité de bénéficiaire au cours d'une année, devrait pouvoir corrélativement dispenser le trustee d'obligations déclaratives au titre de cette année là.

Tout ceci n'est qu'une illustration banale d'un principe selon lequel le droit français n'envisage pas les expectatives, les promesses ou les espoirs comme fondant "un droit". Du reste, si tel était le cas, Bercy ne manquerait pas bientôt de taxer les nouveau-nés au sortir du ventre de leur mère au motif qu'ils ont des espoirs d'hériter un jour de leurs auteurs !

Dans le même ordre d'observations, notons qu'un trustee peut, dans certaines circonstances, non seulement sortir de la liste un bénéficiaire "désigné" mais encore subordonner la qualité de bénéficiaire d'une personne à la preuve qu'elle n'est pas résidente fiscale de France ! J'ai moi même obtenu ce résultat auprès d'un juge américain en plaidant que la France était devenue le seul Etat au monde où le communisme avait réussi !

Pour terminer, il n'est pas inutile de rappeler les dispositions réglementaires de l'article R 131-3e du Code monétaire et financier prises en application de l'article L 561-2.2 du même Code selon lesquelles " le bénéficiaire d'un trust est la personne qui a vocation, par l'effet d'un acte juridique l'ayant désigné à cette fin, à devenir titulaire de droits sur 25 % au moins des biens du fonds trustal, ou bien une personne qui appartient à un groupe dans l'intérêt principal duquel le trust a été constitué, ou a produit ses effets, lorsque la personne physique qui en est le bénéficiaire n'a pas encore été désignée" . Cette définition qui n'est certes que réglementaire a été prise en application de l'article L 561-2-2e du même Code lequel article dispose que "le bénéficiaire effectif s'entend de la personne₂₆

physique qui contrôle directement ou indirectement le client ou de celle pour laquelle une transaction est exécutée ou une opération est exécutée à son profit ". Il ressort de cette approche que le législateur entend bien appréhender la réalité des situations et non pas des situations virtuelles ou potentielles. Par contre, le pouvoir réglementaire ne se prive pas de rechercher des situations potentielles du type de celles par lesquelles vous pourriez tomber dans des obligations du seul fait que vous appartenez à un groupe qui peut être familial ou autre . Autrement dit, une obligation fiscale pourrait naître en raison du "délit" d'appartenir à tel ou tel groupe, peu important que vous n'ayez droit à rien ou que ce droit soit purement expectatif !

Or le droit fiscal ne saurait faire cavalier seul en étant la seule branche du Droit où la virtualité prévaudrait sur la réalité. Du reste, le combat du juge de l'impôt pour faire émerger la théorie de l'abus de droit visait à lutter contre des apparences contraires à la réalité .Par quel mystérieux retournement de perspective ce même droit fiscal ferait-il prévaloir sur la réalité, dans le seul domaine des trusts, une fiction d'une totale commodité ?

Pour conclure simplement, lorsqu'un prétendu bénéficiaire n'a droit à rien d'autre que ce qu'en décide souverainement un trustee pétri de ses propres devoirs fiduciaires, ce bénéficiaire là n'a tout simplement pas d'existence !

Les produits de trust :

L'article 120-9e du CGI, dans sa nouvelle rédaction, édicte que sont considérés comme des revenus de valeurs mobilières émises hors de France « les produits distribués par un trust défini à l'article 792 O bis, quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust ».

La principale nouveauté vient de ce que le trust est désormais traité de façon opaque en matière d'impôt sur le revenu (tandis qu'il est traité de façon transparente en matière d'ISF et de DMTG).

En effet, les revenus appréhendés par le trustee et accumulés dans le trust, ne sont pas taxables au niveau des bénéficiaires tant qu'ils ne leur ont pas été distribués effectivement par le trustee.

Par ailleurs, en précisant que les revenus doivent être distribués par le trust, la définition renvoie au bénéficiaire effectif de la distribution pour déterminer le redevable de l'impôt. C'est ainsi que le constituant d'un trust de type « grantor trust » est le plus souvent traité de redevable de l'impôt même si les produits sont appréhendés par d'autres personnes telles que les bénéficiaires autres que le settlor : cette construction fiscale largement répandue à l'étranger, est écartée fermement dans la loi de 2011.

Le second point est de savoir ce qu'il faut entendre par « produits » distribués par un trust ? Cette expression vise-t-elle toutes les sommes mises en distribution par le trustee (donc, aussi bien des revenus que des capitaux) ou bien seulement les revenus déjà appréhendés par le trustee qu'il redistribue ?

La réponse est donnée par la phrase « quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust ». En effet, si les « produits » des trusts étaient par définition des « revenus », point n'était besoin de préciser la consistance des biens composant le trust puisqu'elle aurait été sans influence sur le fait qu'il ne pouvait s'agir que de revenus ! S'il a fallu ajouter la précision « quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust », c'est précisément parce que des biens ou droits divers peuvent produire des revenus de qualifications différentes (dividendes, intérêts, royalties, revenus fonciers, etc.) – différences que ne peut produire « du » capital- alors que le législateur entendait leur donner désormais la qualification unique de « produits de valeurs mobilières étrangères ».

En clair, les produits distribués par un trustee ne peuvent être que des sommes ayant eu intrinsèquement la qualification de revenus au moment de leur appréhension par le trustee. Les sommes versées par le trustee qui ne proviennent pas de tels revenus, sont automatiquement qualifiées de capitaux soumis aux DMTG ou aux DMD en cas de leur distribution effective ou en cas de décès du constituant initial ou du constituant fiscal ou encore en cas de dissolution du trust.

Se pose alors une troisième interrogation, déjà évoquée par Jean Marc : qui est juge du point de savoir si de telles sommes distribuées par un trustee sont bien des « revenus » ou au contraire des « capitaux » ?

Si une comptabilité est tenue par le trustee, distinguant, selon les critères de sa propre législation, les revenus accumulés d'un côté et les capitaux de l'autre, il semble qu'il faille s'en référer aux résultats de cette comptabilité puisque d'une part le trust est défini comme un ensemble ne pouvant pas être soumis au droit français et que, d'autre part, aucune règle dérogatoire n'est prévue par la loi de 2011 visant à réserver à la France la prérogative d'appliquer ses propres règles internes d'assiette à un ensemble ne pouvant relever du droit français.

Du reste, la loi de 2011 soumet aux DMTG, dans certaines circonstances, les biens, droits, ou produits **capitalisés** placés dans le trust, indiquant par la même que la décision de réinvestissement des revenus accumulés dans le capital du trust, nécessairement prise par le seul trustee, s'impose à tous. En conséquence, il semble qu'on ne puisse pas s'inspirer ou même appliquer l'ordre d'imputation des distributions (capital puis revenus ou l'inverse) visé à l'article 112 du CGI.

Le paradoxe de la nouvelle définition de l'article 120-9e est que si un trust ne remplit pas les conditions pour être qualifié de trust « au sens de l'article 792 O bis », ses distributions de revenus ou de capitaux ne relèvent plus d'aucun article spécifique du CGI, les exposant ainsi au régime de l'article 680 pour les capitaux distribués (droit fixe de 125 €) ou de l'article 92-1 pour autant que la théorie, en matière d'impôt sur le revenu, de la « source susceptible de renouvellement » puisse être appliquée !

V. LES OBLIGATIONS DECLARATIVES

Jean-Marc Tirard

La loi de juillet 2011 a mis à la charge des administrateurs de trusts, deux types d'obligations déclaratives: la déclaration événementielle et la déclaration annuelle.

La **déclaration événementielle** doit être souscrite dans les trente jours de l'évènement. L'évènement, c'est la création, la dissolution ou la modification du trust. Le Bofip nous donne une définition de la modification aussi large que possible : chaque décision du trustee est assimilée à une modification, y compris une distribution et un changement de bénéficiaire – bref, tout ce que vous pouvez imaginer est visé. L'administrateur doit bien entendu faire cette déclaration que

lorsqu'il y a un lien de rattachement entre le trust et la France(constituant résident français et/ou bénéficiaires résidents français, et/ou actifs français). La pénalité en cas d'oubli de déclaration par le trustee est sanctionnée par une amende qui, selon la loi de juillet 2011, est égale à 5% de la valeur des actifs du trust pour **chaque** oubli. J'attire votre attention sur le fait que le projet de loi contre la fraude fiscale porte cette pénalité de 5% à 12,5%.

La deuxième obligation déclarative à la charge du trustee est la **déclaration annuelle**. Elle doit être souscrite avant le 15 juin de chaque année, ou éventuellement le 31 août lorsque le constituant initial ou fiscal n'est pas résident. Encore une fois, la loi prévoit que la même pénalité (5% porté à 12,5%) est due par le trustee en cas de défaillance.

J'arrête là pour les obligations déclaratives à la charge du trustee, quitte à y revenir dans le cadre du débat ouvert avec la salle, pour donner la parole à François qui va conclure sur les aspects éventuellement inconstitutionnels de la loi de 2011 .

VI. ASPECTS INCONSTITUTIONNELS DE LA LOI

Une récente loi vient de porter la pénalité d'oubli d'une seule obligation déclarative incombant au trustee à 12,5 % de la valeur totale du trust ! Quand on sait qu'il s'agit d'une loi française censée s'adresser à des trustees vivant parfois à des milliers de kilomètres de notre pays, ne parlant pas notre langue et vivant de traditions juridiques étrangères à nos conceptions, on s'aperçoit que huit petits oublis conduisent en théorie à la confiscation totale des biens du trust . Quel crime aurait donc commis un trustee pour valoir la confiscation totale des biens du trust dont il a la charge ? Le pire narco trafiquant n'a pas même droit à un pareil traitement !

La loi du 29 juillet 2011, par l'excès des sanctions qu'elle institue, n'est pas une loi fiscale mais bien l'expression d'une ignorance qui entretient la peur de l'inconnu et justifie en conséquence les pires répressions. Cette loi n'est pas différente dans son essence des grandes lois scélérates contre la liberté de la presse que Gambetta dénonçait avec virulence en 1880 .Ce sont des lois faites pour tuer ou pour interdire et non pas des lois faites, comme le disait Portalis en 1801, pour le Bien Commun.

La pratique se chargera de systématiquement contourner cette loi scélérate. Les Tribunaux ne manqueront pas de la démanteler, incohérence par incohérence. Mais, pour l'heure, il semble que la première des priorités est de se demander si cette loi ne doit pas rapidement encourir la censure du Conseil Constitutionnel sur plusieurs aspects importants, notamment son intelligibilité, son atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, le fait que l'on impose une mutation qui n'existe pas, le fait que l'on déclare propriétaire une personne qui ne l'est pas (portant ainsi atteinte à ses facultés contributives) , le fait que l'on institue une solidarité sans cause (violant ainsi un principe général du droit) , enfin le fait que l'on fasse d'un impôt une sanction ou d'une sanction un impôt alors que ces deux situations relèvent d'une définition constitutionnelle radicalement différente .

ATTEINTE AU PRINCIPE D'INTELLIGIBILITE ET D'ACCESSIBILITE DE LA LOI

Comme il ne s'agit pas d'une liberté fondamentale, cette atteinte ne peut faire l'objet d'une QPC. Néanmoins, il n'est pas inutile de rappeler les raisons de cette atteinte. Dans sa décision du 27 Juillet 2006, le Conseil Constitutionnel rappelle le principe nécessaire " d'intelligibilité et d'accessibilité " de la loi qui commande de ne pas la compliquer exagérément. En effet, les sujets de droit, pour se prémunir contre le risque d'arbitraire, doivent pouvoir compter sur des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques.

Que dire de la loi du 29 Juillet 2011 qui utilise des termes nouveaux qu'elle se garde bien de définir de façon précise et objective et construit un régime fiscal fondé sur la plus large fiction, en tenant tout réalité juridique pour irréfragablement inopposable ?

Il semble que le législateur de 2011 ait présumé que l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale lui autorisait toutes les audaces. Or la loi de 2011 se garde bien de proclamer que le trust est en soi un instrument de fraude tout en ne cessant de le traiter comme tel. Cette fraude dans l'objectif même de la loi, doublée d'une fraude dans l'utilisation des mots courants est ce qui rend cette loi particulièrement inintelligible et inaccessible, tout spécialement lorsqu'elle prétend s'adresser à des trustees étrangers sur qui elle fait peser des

31

obligations d'une gravité exceptionnelle alors que ces personnes ne connaissent pas la langue française, sont soumis à des lois différentes et des idiomes étrangers et vivent une culture juridique radicalement différente .

De ce seul fait, il semble que la violation des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC soit caractérisée, tout particulièrement l'article 6 car on ne saurait assurer le respect du principe d'égalité lorsque les mots eux mêmes sont détachés de leur réalité juridique.

La loi de 2011 pose, en outre, des questions plus ciblées que suscitent certaines dispositions « étranges » :

APPLICATION D'UN IMPOT DE MUTATION A UNE ABSENCE DE MUTATION

La loi précise que « dans les cas où la qualification de donation et celle de succession ne s'appliquent pas, les biens, droits ou produits capitalisés placés dans un trust qui **restent** dans le trust après le décès du constituant sont soumis aux droits de mutation par décès dans les conditions».

L'exigibilité d'un impôt de mutation à une transmission inexistante ne peut se comprendre que si l'on admet le principe d'une fiction sous jacente et irréfragable selon laquelle le constituant d'un trust est réputé n'avoir jamais apporté des biens ou droits à un trust en sorte qu'il en est resté propriétaire.

Or, à supposer que la loi de 2011 prétende à l'inexistence du trust face au décès de son constituant réel (ce qu'elle ne dit pas explicitement en matière de DMTG, mais seulement en matière d'ISF), elle ne saurait le soutenir face au décès du constituant fiscal puisque ce dernier reste tout à fait étranger à la propriété des biens qui avaient été apportés par le constituant initial, sauf à admettre que la propriété soit devenue un concept virtuel et flottant que l'on attribue à une personne en dehors de toute réalité tangible.

Dans ce cas, la loi de 2011 prétend procéder à la reconstruction complète du droit de propriété.

Or ce droit est protégé par l'article 17 de la DDHC comme « étant un droit **inviolable** et **sacré** dont nul ne peut être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

En appliquant un impôt de mutation à une mutation inexistante, la loi de 2011 porte atteinte au droit "inviolable et sacré" de propriété protégé par l'article 17 de la DDHC.

Il s'ensuit que la propriété étant ainsi détachée de toute réalité et notamment de la capacité contributive susceptible d'être attachée au véritable droit de propriété, la loi de 2011 viole aussi l'article 13 de la DDHC : en effet le principe d'égalité devant l'impôt n'est pas respecté si les facultés contributives du contribuable ne reposent plus sur des critères objectifs et rationnels mais sur une fiction de propriété de nature à faire peser sur lui une charge sans considération de ses facultés réelles.

APPLICATION D'UN IMPOT DE PROPRIETAIRE A UN NON PROPRIETAIRE

L'article 885 G ter précise que les biens ou droits placés dans un trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont compris dans le patrimoine du constituant initial ou fiscal.

Rappelons le principe fondamental de l'ISF, inscrit à l'article 885 E, selon lequel doivent être soumis à l'impôt les biens « appartenant » au contribuable. L'appartenance vise aussi bien la propriété que la possession.

Or, il est fréquent que le constituant d'un trust n'en soit pas le ou un bénéficiaire. Quant au constituant fiscal, il ne tire sa qualité que d'une fiction de la loi, inapte à lui conférer un droit de propriété ou de possession sur les biens du trust. (outre le fait que, selon la Law of trust, sa position peut ne lui procurer que de pures éventualités de distribution de revenus ou de biens).

En imposant à l'ISF des personnes qui ne sont ni propriétaires ni possesseurs et peuvent n'avoir aucune vocation à jamais recevoir la moindre distribution de revenus ou de biens, la loi de 2011 déconnecte l'impôt des facultés contributives du contribuable et encourt ainsi la censure au titre de l'article 13 de la DDHC.

UNE SANCTION PEUT ELLE ETRE UN IMPOT ET UN IMPOT PEUT IL ETRE UNE SANCTION ?

L'article 990 J. donne au Prélèvement Spécifique (P S) l'apparence d'un impôt. Cependant le PS n'est pas du dès l'instant que les **mêmes** droits ou biens qu'il est sensé frapper, ont été **soumis à un autre impôt**, l'ISF en l'occurrence, ou bien ont été déclarés en telle manière que la preuve a pu être faite que l'ISF n'était pas dû.

La véritable nature du PS n'est donc pas d'être un « impôt » mais une « sanction », ce que confirme le Bofip dans ses commentaires.

Or, selon l'article 13 de la DDHC, la raison d'être d'un impôt est de « couvrir les dépenses publiques » et non pas de sanctionner le non assujettissement à un autre impôt. L'impôt couvre une dépense, tandis que la sanction réprime un comportement.

L'un ne peut être confondu avec l'autre : l'article 8 de la DDHC rappelle que la sanction doit être en rapport strict et nécessaire avec la faute commise, tandis que l'article 13 nous enseigne que l'impôt doit être proportionnel aux facultés contributives du contribuable.

En établissant un concept d'impôt-sanction ou de sanction-impôt, le Législateur de 2011 viole à la fois les articles 8 et 13 de la DDHC.

UNE ATTEINTE A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

L'article 792 Obis prévoit, in fine, une disposition dissuasive selon laquelle « lorsque le trust a été constitué après le 11 Mai 2011 et que, au moment de la constitution du trust, le constituant était fiscalement domicilié en France au sens de l'article 4B, les droits de donation et les droits de mutation par décès sont dus au taux de 60% ».

Outre le fait que cette disposition semble manifestement contraire aux principes de liberté d'installation et de circulation consacrés par le traité de Rome (mais ce point n'a pas lieu d'être invoqué dans le cadre d'un débat consacré à la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi de 2011), on peut se demander si cette mesure dissuasive n'est pas contraire à l'article 1 de la DDHC selon lequel les hommes naissent libres et égaux et toute distinction ne peut être fondée que sur l'utilité commune.

Un américain résidant en France le 10 Mai 2011 qui aurait constitué un trust à New York le même jour, ne serait pas visé par cette disposition dissuasive. Son jumeau, également résident en France, qui aurait constitué un trust identique à New York, le lendemain 11 Mai 2011, devient le vecteur irréversible d'une imposition dissuasive.

Ces deux personnes ne sont pas égales en droit. Cette inégalité n'est pas justifiée par une utilité commune (l'intérêt général) sauf à considérer que le trust est en soi un délit qu'il convient de réprimer ou encore qu'être résident de France, du moins à compter du 11 mai 2011, est une faute, situations qu'il conviendrait de réprimer au titre de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale !

Cette disposition semble également violer les articles 2 et 4 de la DDHC consacrant un principe de liberté selon lequel chacun se voit reconnaître le droit imprescriptible d'être libre d'agir sous la seule réserve que cette liberté d'agissement ne nuise pas à autrui.

Le fait de créer un trust en étant résident de France ne nuit pas plus que de le faire en étant résident de l'étranger. Par exemple, le fait pour un américain installé à Paris depuis trois ans de constituer un trust à New York pour pouvoir à

l'éducation universitaire de ses petits enfants dans quinze ans n'empêche en soi aucune nuisance dont un quelconque tiers puisse se plaindre.

On peut se demander également si la loi de 2011, en traitant tous les trusts de la même façon et en ignorant par conséquent toutes les particularités affectant chaque trust au titre de son deed qui emprunte le plus souvent la forme juridique du contrat entre le constituant et le trustee, ne porte pas ainsi atteinte au principe de la liberté contractuelle consacré par la décision du Conseil Constitutionnel du 13 Juin 2013 . En effet, le contrat est un instrument privilégié de la liberté et de la responsabilité individuelle. La liberté de choisir son cocontractant et celle de déterminer le contenu du contrat sont des libertés fondamentales protégées par les articles 4 et 16 DDHC. En écartant d'un trait toutes les particularités des deed of trust pour les traiter désormais de la même façon (peu importe qu'un trust soit révocable ou irrévocable, strict ou discrétionnaire, inter vivos ou testamentaire, uni ou pluri générationnel) le législateur porte une atteinte disproportionnée qui méconnaît la liberté découlant de l'article 4 DDHC

UNE SOLIDARITE SANS CAUSE

La loi ne peut rendre solidaire deux personnes qui n'entretiennent aucun lien entre elles. C'est un principe général du droit français selon lequel toute obligation solidaire présuppose l'existence d'un lien, que les civilistes dénomment « communauté d'intérêts ». Une telle communauté d'intérêts ne peut résulter de situations potentielles ou virtuelles mais seulement de droits et d'obligations concrètes.

C'est ainsi, dans le domaine plus particulier du droit fiscal, qu'aucune solidarité n'a pu être instituée hors la préexistence d'un lien ou d'une communauté d'intérêts reposant sur des droits réels ou personnels (époux entre eux, signataires d'un PACS entre eux, héritiers et /ou légataires institués à l'égard du défunt, un fermier ou un locataire à l'égard d'un propriétaire, le cédant et le cessionnaire d'un fonds de commerce, le propriétaire et l'exploitant d'un fond, un dirigeant à l'égard de sa société, des co-condamnés à l'égard d'une même fraude, etc.)

Dans le cas d'un trust , tout spécialement un trust discrétionnaire, la communauté d'intérêts du bénéficiaire avec le trustee peut exister ,mais elle peut tout aussi bien être absolument inexistante en ce que le trustee n'est tenu d'aucune obligation à l'égard du bénéficiaire, notamment d'une obligation de nature pécuniaire, ce dernier pouvant , du reste, ignorer l'existence même du trust et donc sa qualité de bénéficiaire qui peut, en outre, s'avérer purement virtuelle ou simplement potentielle.

Instituer, de façon irréfragable, une solidarité pécuniaire à l'encontre d'une personne qui n'entretient avec le débiteur que des liens purement virtuels ou potentiels, voire inexistant, porte atteinte à un principe général du droit qui, figurant au rang des principes évoqués en préambule de la Constitution , doit recevoir une protection constitutionnelle par censure d'une telle disposition, au moins en ce qu'elle présuppose de façon irréfragable des liens qu'il reste à démontrer.

Rappelons qu'en application des b et c du II de l'article 792 Obis, des DMD sont dus au taux de 45% ou de 60% par le trustee. Si ce dernier n'acquitte pas cet impôt, alors qu'il est soumis à la loi d'un ETNC, la loi rend solidairement responsable de son paiement les bénéficiaires du trust.

Signalons tout d'abord que le trustee peut ne pas s'acquitter de cette dette parce qu'il en refuse volontairement le règlement (cas plutôt exceptionnel, compte tenu de sa responsabilité civile) ou parce que le deed of trust le rend impossible ou bien encore parce que la loi du trust s'y oppose. On voit donc que le non paiement de cette dette fiscale peut provenir de situations fortes éloignées de tout comportement frauduleux et ne résulter que du strict respect de la loi qui gouverne les droits et les obligations du trustee.

Quant aux bénéficiaires, rappelons qu'ils peuvent être résidents ou non résidents, ayant reçus des distributions ou pouvant ne jamais en recevoir, être informés de leur qualité de bénéficiaires ou, au contraire, l'ignorer, être en vie ou, au contraire, non encore nés.

On voit donc que la solidarité irréfragablement « mécanique » instituée par la loi peut rencontrer une grande variété de situations qui ne sont le plus souvent que

potentielles ou virtuelles.

En matière de Prélèvement Spécifique (PS), la situation est encore plus accusée (article 990 J III 2° b) : il importe peu que le trustee soit soumis ou non à la loi d'un ETNC, ce qui dispense le Trésor Public Français de la mise en œuvre d'un mécanisme de recouvrement forcé à son encontre.

Il suffit de constater, au 15 Juin ou au 31 Aout d'une année selon les cas, que le PS exigible n'a pas été acquitté pour que la solidarité au paiement soit enclenchée à l'encontre des bénéficiaires et même de leurs propres héritiers (ce qui suppose au moins que les bénéficiaires en question soient décédés pour que leurs héritiers acquièrent cette dernière qualité).

Force est de reconnaître que le lien ou la communauté d'intérêts pouvant lier un trustee aux héritiers d'un bénéficiaire, lui-même éventuellement virtuel ou potentiel, est tellement tenu qu'il ne saurait être identifié sous le prétexte, souvent bien vague, de l'exigence de la lutte contre la fraude fiscale dont les critères objectifs et rationnels d'application apparaissent ici inexistantes : en vérité, on croit plutôt déceler le principe d'une malédiction qui doit frapper toute personne se trouvant dans la périphérie d'une institution proclamée tacitement « fraudulogène » !

UNE SOLIDARITE CHOQUANTE DANS LA SANCTION

Selon l'article 1649 AB, le trustee est tenu à une obligation déclarative à fin de contrôle (hors l'exigibilité de tout impôt) dès l'instant qu'il existe un élément français de rattachement (constituant initial ou fiscal résident de France, ou bien un quelconque bénéficiaire résident de France ou encore un quelconque actif situé en France, hormis le cas très spécifique des placements financiers de non résidents). Le trustee est également tenu à une obligation de déclaration annuelle de la valeur de tous les actifs en trust dès lors qu'il est visé par le PS.

L'omission de l'une et /ou de l'autre déclaration l'expose à une très lourde amende,

en pratique un montant exorbitant égal à 5% de la valeur **totale** du trust, amende portée à 12,5% en debut de 2014 !

Or, l'article 1754-8 précise que le constituant et les bénéficiaires, lorsqu'ils sont soumis au PS, sont solidairement responsables du paiement de cette ou ces amendes exorbitantes.

Cette solidarité dans la sanction semble choquer les articles 8 et 9 de la DDHC, plus particulièrement le principe d'individualisation des peines (la sanction est susceptible d'être payée par celui qui n'a pas commis l'infraction), la présomption d'innocence (ce dispositif ne se comprend que si l'on présuppose la complicité dans l'infraction d'omission déclarative entre le trustee d'un côté et le constituant et /ou les bénéficiaires de l'autre) et la prohibition des rigueurs non nécessaires (sanctionner d'une amende d'un huitième une infraction à répétition multiple pouvant porter sur des éléments n'ayant aucun rapport avec l'éventuelle exigibilité du moindre impôt, relève assurément d'une rigueur non nécessaire).

Au terme de cette conférence, vous avez compris que la loi de 2011 n'a pas pour but d'apporter des réponses claires et cohérentes à la " singularité prétendue du concept de trust" mais bien plutôt à en interdire l'usage ou, du moins, en en restreindre l'utilisation par des résidents fiscaux de France. Cette loi scélérate ouvre désormais la voie à des contentieux considérables qui opèreront à la longue comme un appauvrissement de notre pays. Les étrangers, y compris les français de l'étranger détestent les incertitudes, les insécurités et les climats répressifs et par conséquent prendront les mesures pertinentes pour se détourner définitivement de notre pays, du moins tant que Bercy persistera dans ses aveuglements .Vous êtes, vous avocats, l'avant garde qui permettra peut être de faire revenir la loi à plus de compréhension et d'équité et donc à moins d'insécurité et de répression.

Je suis avec Jean Marc à votre disposition pour désormais répondre à vos questions

VII. DEBAT AVEC LA SALLE

Question d'un participant : que pensez-vous des établissements bancaires étrangers qui dénoncent au Fisc français l'existence des trusts dont ils ont la charge ?

Réponse de Francois Tripet : de nombreuses banques étrangères ont allègrement confondues leur responsabilité de dépositaire ou gestionnaire de fonds et leur responsabilité distincte de trustee. En cédant à l'invitation pressante du Fisc français de révéler les trusts dont elles s'occupaient pourvu qu'ils comportent au moins un élément français de rattachement, ces établissements ont eu pour préoccupation première de préserver leurs propres intérêts, en transformant leurs clients en variable d'ajustement. Leur crainte était évidemment de devoir financer des pénalités substantielles pour non déclaration ou même d'être accusées, en cas de non coopération, de complicité de blanchiment de fraude fiscale. Ces établissements ont joué le court terme contre le long terme : ils ont préféré céder à la panique plutôt que de se poser les vraies questions qui sont de deux ordres : d'une part, un trustee est soumis à des règles distinctes dans la gestion de ses devoirs fiduciaires qui ne se confondent absolument pas avec les règles que les gouvernants imposent aux banquiers.

Un trustee est le plus souvent tenu à des obligations strictes de confidentialité en vertu de la Law of trust qui lui est applicable en sorte que dénoncer à une puissance étrangère, quelqu'en soit le motif, des faits couverts par la plus stricte confidentialité entraîne la mise en jeu de sa responsabilité qui peut être aussi bien civile que pénale lorsque, dans ce dernier cas, il a délibérément violé ses devoirs fiduciaires pour assurer son confort en sacrifiant l'intérêt des bénéficiaires. J'ai personnellement intenté plusieurs actions en responsabilité aux USA contre des banques qui ont "livré" sans vergogne les noms de bénéficiaires de trust : je demande des dommages intérêts qui se chiffrent par dizaines de millions de dollars. On verra bien comment la Justice américaine réagira mais mes premières impressions d'audience me laissent à penser que la sanction judiciaire risque d'être particulièrement sévère. On ne plaisante pas avec la violation délibérée des "fiduciary duties" qui sont la pierre angulaire de confiance de tout le système trustal. Le deuxième point que je souhaiterais évoquer est précisément celui de la "confiance" en ces établissements bancaires qui va être durablement ébranlée.

En tant que membre de l'International Academy of Trust and Estate Law en compagnie de Jean Marc, , je suis évidemment en relation constante avec les collègues, les professeurs et les magistrats qui peuplent la planète professionnelle du trust : je peux vous confirmer que leur jugement est d'une extrême sévérité à l'encontre des maisons financières qui ont préféré "sauver leur confort en sacrifiant leurs clients" sous le prétexte du chantage (bien peu analysé en son efficacité réelle) pratiqué par des pays comme la France .Très vite, la clientèle haut de gamme de ces établissements prendra ses distances à l'égard de ceux qui ont trahi et les premiers départs n'ont pas tardé à être enregistrés . L'histoire de cette trahison massive ne fait que commencer dans ses conséquences incalculables.

Question d'un participant : dans quelles mesures les trusts sont protégés par les conventions fiscales internationales ?

Réponse de Jean Marc Tirard : quelques rares conventions (Grande Bretagne, Canada, USA, par ex) visent explicitement le trust. Cependant la plupart font accéder à leur bénéficiaire les "groupements de personnes" et il semble qu'on puisse compter le trust parmi ces "groupements de personnes" de sorte que la plupart des trusts devraient pouvoir éviter des situations de double imposition.

Question d'un participant : pourquoi Jersey qui est un centre important en matière de trusts, vient d'être reclassé par la France parmi les ETNC ?

Réponse de Jean Marc Tirard : La France a considéré que Jersey, en dépit d'une convention d'assistance administrative récemment conclue, ne coopérait qu'avec une lenteur inacceptable et c'est la raison pour laquelle Jersey a été reclassée en territoire non coopératif. En fait, il s'agit d'une différence fondamentale de culture ; en France, lorsque la DGI est interrogée par une puissance étrangère, elle trouve normale de lui répondre directement sans se soucier d'en informer le contribuable pour qu'il fasse valoir son point de vue ou ses objections. A Jersey, lorsqu'on y reçoit une demande en provenance de la France, on avertit le contribuable qui a la possibilité d'objecter devant son Juge afin qu'il confirme ou infirme le caractère régulier de la demande d'information. Tout ceci prend un certain temps que le Fisc français assimile plutôt à des manœuvres dilatoires alors qu'il ne s'agit que du respect des droits de la partie concernée.

Question d'un participant : quels sont les trusts qui ne sont pas visés par la loi du 29 Juillet 2011 ?

Réponse de Francois Tripet : la loi a prévu d'écarter de son champs d'application les "pensions trusts", les "investment trusts" et les "charitable trusts", pour autant qu'ils remplissent des conditions assez strictes leur valant cette mise hors champs. Cependant, on l'a vu plus tôt dans cette conférence, on peut également invoquer tous les trusts qui ne répondent pas à la définition de l'article 792 O bis laquelle, pour large qu'elle soit, ne couvre pas toutes les situations en raison, précisément, de ses larges imprécisions !

Question d'un participant : comment distinguer le revenu du capital dans un trust ?

réponse de Jean Marc Tirard : un récent jugement du TGI de Paris vient de confirmer l'importance probante des écritures comptables tenues par le trustee en sorte qu'on peut dire que les qualifications opérées par le trustee en application d'une comptabilité scrupuleusement tenue vont nous donner la réponse de la distinction entre ce qui est du "revenu" et ce qui est du "capital".

En tout cas, en cas de contestation de la part de l'Administration fiscale qui, par exemple, chercherait à faire appliquer au trust les distinctions que le Code des Impôts applique aux sociétés et autres personnes morales, il y aurait renversement de la charge de la preuve en ce sens que l'Administration devrait convaincre le Juge de l'impôt d'écarter la comptabilité tenue par le trustee .

Francois Tripet : je complète ce que vient de dire Jean Marc en rappelant qu'en matière de trust, la toute première démarche consiste à respecter les stipulations expresses du deed of trust et, en cas de doute ou de conflit, d'en référer aux dispositions générales de la Law of trust applicable à ce trust. Il existe, dans les Law of trust des 57 pays anglo saxons, de nombreuses stipulations consacrées au traitement du revenu par opposition au traitement du capital : leur non respect entrainerait la mise en jeu de la responsabilité du trustee pour " mesadministrations trustales" .On ne voit pas sur quel fondement le Fisc français s'arrogerait le droit d'écarter les stipulations valides d'une loi étrangère. Du reste, la définition de l'article 792 O bis ne manque pas de souligner qu'un trust est

42

nécessairement créée sous l'empire d'une loi non française. Quelle serait la cohérence d'une loi qui, sur le plan juridique, se référerait à la loi étrangère pour mieux s'autoriser à l'écarter sur le plan fiscal ?

Question d'un participant : un non résident qui détient, par l'entremise d'un trust, moins de 10% dans une société française, conforte-t-il son exonération d'ISF au titre des placements financiers exonérés des non résidents ?

Réponse de Jean Marc Tirard : le Bofip nous dit que le seuil de 10% doit être apprécié au niveau du trust (quand bien même ce trust serait transparent au regard de l'IS) et non pas au niveau du constituant du trust.

Ainsi, dix constituants non résidents qui détiennent indirectement chacun 2% dans les 20% que le trust détient dans une société française, ne seront pas exonérés d'ISF car le trust dépasse le seuil de 10% au-delà duquel il n'est plus possible de considérer qu'il s'agit d'un placement financier exonéré d'ISF.

Francois Tripet : j'ajoute à ce que vient de dire Jean Marc que, paradoxalement le Bofip admet qu'au regard des biens professionnels exonérés d'ISF, les participations que vous détenez sous couvert d'un trust, seront admises à compléter les conditions de votre exonération au titre des biens professionnels

Question d'un participant : ne serait-il pas plus simple que le constituant modifie son trust pour le faire coïncider avec les catégories de taxation les plus raisonnables ?

Réponse de Jean Marc Tirard : en matière de trust, le constituant " sort du tableau" dans la minute où il a constitué son trust. Il ne peut plus avoir la capacité de modifier quoi que ce soit cette capacité n'appartient qu'au trustee et pour autant que le deed lui en laisse le pouvoir. Bien sûr, on peut imaginer que le trustee se fasse "influencer" par le constituant pour modifier, à la guise de ce dernier, les termes du trust. Outre la grave responsabilité qu'encourt le trustee en cas de dérive, il faut bien voir que l'on n'est plus très loin du "sham trust" c'est à dire du faux trust, qui est effectivement un instrument de fraude pas exclusivement fiscale d'ailleurs.

En cas de difficulté (quasi inévitable) surgissant un jour entre le manipulateur et le manipulé, le Fisc est en embuscade pour en tirer toutes les conclusions qui bien entendu seront à l'opposé de l'optimisation fiscale initialement recherchée.

Jean Marc Tirard : l'heure avançant, il est temps de clore cette conférence. Chacun aura pu juger nous l'espérons de la pertinence du titre que nous avons choisi, à savoir " l'étrange" taxation des trusts. Il est vrai qu'à hésiter entre la transparence et l'opacité, entre l'imposition et la répression, entre la précision et l'imprécision, le législateur a concocté un bien étrange régime qui oscille entre l'étranglement et l'indigestion. Il nous reviendra à nous, avocats, de convaincre les juges que pratiquement tout reste à faire pour repartir du point zéro où il ne devrait être question que de distinguer les faux trusts des vrais trusts pour traiter les premiers avec sévérité et les seconds avec bon sens .

Nous vous remercions de votre attention.