



TAXATION DES TRUSTS

Un commentaire sévère de la loi du 29 juillet 2011

Par François TRIPET – 25 juin 2014

Avocat à la Cour de Paris

V1.07.14

Lorsque les pouvoirs publics ont annoncé en 2010 qu'il « fallait mettre fin à l'insécurité juridique résultant de la singularité du concept de trust », tous les professionnels du droit ont pensé qu'il allait être mis fin aux « abus d'utilisation du trust », notamment au recours à des trusts fictifs initiés par des banques installées dans des paradis fiscaux.

Cependant, en faisant de tous les trusts **un gros mot censuré**, la loi du 29 juillet 2011 a considérablement interpellé tous ceux qui pensaient naturellement qu'on se bornerait à séparer le bon grain de l'ivraie.

Prises de panique par des pénalités considérables pour non déclaration, d'innombrables banques étrangères se sont donc mis à dénoncer massivement les trusts qu'ils abritaient, sans distinction aucune entre les « vrais trusts » et des « sham trusts », livrant ainsi des centaines de personnes à la « hache » de Bercy, dont certains étaient des fraudeurs et beaucoup d'autres des personnes absolument honorables et innocentes.

C'est une tendance lourde qui gagne de nombreux pays « budgétivores » de l'OCDE tendant à instaurer une terreur fiscale à l'encontre des professionnels du patrimoine, cherchant ainsi à obtenir rapidement par leur lâcheté (ou, si vous préférez, par une grande passion pour fuir leurs responsabilités) ce qu'en d'autres temps, ils eussent obtenu de façon aléatoire au terme d'un long parcours contradictoire où on débattait du « Droit ».

Dans ce contexte délétère, particulièrement sombre sinon sinistre, la récente célébration du 70^{ème} anniversaire du Débarquement du 6 juin 1944, nous rappelle opportunément qu'il existe toujours un espace de résistance et d'espoir de reconquête lorsque le plus grand nombre est déjà acquis à l'inévitable.

La loi du 29 juillet 2011 est une loi incohérente (par exemple ce qui opaque sur le plan du revenu devient transparent sur le plan du capital) et scélérate ; elle inaugure une ère particulièrement préoccupante pour la préservation des libertés fondamentales, de la « haute couture fiscale virtuelle » où toute réalité est bannie au profit d'une seule fiction triomphante : capter par tous les moyens l'argent là où il se trouve, de préférence en accusant son chien de la rage c'est-à-dire en justifiant l'excès par une « fraudulisation » de toutes situations.

La présente contribution, centrée sur le nouveau régime fiscal des trusts à l'égard des impôts frappant le capital (ISF, PS, DMTG) s'inscrit clairement dans une démarche de reconquête du bon sens et du rétablissement du règne du Droit au sens où Portalis l'entendait, c'est-à-dire

de la « Règle instituée pour le bien commun et non pour le profit de quelques puissants dans l'ordre public ou dans l'ordre privé ».

Après un bref rappel des principes de taxation à l'ISF, au PS et aux DMTG (I), nous débattons des graves imprécisions de la loi (II) avant de nous poser pour la question de la constitutionnalité de certains de ses aspects (III)

I – 1 TAXATION AUX DMTG	3
Les six cas d'impositions aux DMTG	4
- premier cas :	4
- deuxième cas :	4
- troisième cas :	5
- quatrième cas :	5
- cinquième cas :	6
- sixième cas :	6
La question de la territorialité du Trust	7
La question de la valeur du trust.....	7
I – 2 taxation a l'isf	8
i – 3 le prélèvement spécifique	8
II - IMPRECISIONS DES DEFINITIONS DE LA LOI DE 2011	9
II – 1 le trust.....	9
li – 2 le constituant.....	10
ii – 3 l'administrateur de trust.....	12
ii – 4 le beneficiaire de trust.....	15
ii – 5 les produits de trust.....	17
III - ASPECTS INCONSTITUTIONNELS DE LA LOI	19
lii – 1 atteinte au principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi	20
iii – 2 application d'un impot de mutation a une absence de mutation.....	20
iii – 3 application d'un impot de propriétaire a un non propriétaire.....	21
iii – 4 une sanction peut elle etre un impot et un impot peut il etre une sanction ?	22
iii – 5 une atteinte a la liberte d'entreprendre	23
lii – 6 une solidarite sans cause	24
iii – 7 une solidarite choquante dans la sanction	26
IV - CONCLUSIONS	26

I – 1 TAXATION AUX DMTG

Rappelons que l'objectif officiel de la loi est 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 réponse est simple : 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 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 (droits de mutation à titre gratuit = droits de succession ou droits de donation), 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 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" constitués 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 :

Les six cas d' impositions 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 (le « à titre gratuit » ne peut se confondre avec le « à titre atypique » !).

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 prétends 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 :

A 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 dû 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 décédé 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, faisant preuve, semble-t-il, d'une rare inconscience. Même si la loi ne le dit pas expressément, chacun aurait dû 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 qu'un taux d'impôt confiscatoire.

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 Côte d'Azur. L'autre est attaché d'ambassade américaine à Paris et a constitué son trust à New York le 12 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 le législateur !

- sixième cas :

Il se réfère à la situation des trusts dont le trustee " est soumis à la loi d'un ETNC" (ETNC = état ou territoire non coopératif) : dans tous les cas, au moment du décès du constituant initial ou du constituant fiscal, l'impôt (les DMTG classiques !) sera dû 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 mêmes Iles Vierges Britannique 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 »**.

La question de la territorialité du Trust

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.

La question de la valeur du trust

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

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 au 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 droits 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 zéro.

I – 2 TAXATION A L'ISF

Les biens ou droits placés dans un trust, ainsi que les produits qui sont capitalisés, sont compris dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire « **réputé constituant fiscal** », après le décès du constituant d'origine. J'insiste : peu importe la nature du trust (**révocable ou irrévocable, discrétionnaire ou non**) !

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 leur procurer des revenus ou du capital, 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 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 exonérées bien entendu, 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.

I – 3 LE PRÉLÈVEMENT 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 au titre de l'ISF des biens placés dans un trust. 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... puisqu'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 prélèvement spécifique (PS) concerne les constituants et les bénéficiaires « réputés » constituants. 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 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 (« sas » des cinq premières années)

Le prélèvement spécifique 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. 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 réclamé, le prélèvement sera exigible en sus. On paiera donc deux fois l'ISF sur le même bien mais, par suite d'une nouvelle fraude des mots, le PS sera qualifié de « sanction » tandis que l'ISF sera qualifié « d'impôt », ce qui évitera ainsi le reproche d'un double impôt.

II - 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 (par paresse, par vanité, ou par jalousie) qui a fini par tourner, sous l'impulsion de quelques cerveaux de Bercy, par une véritable haine 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

II – 1 LE TRUST

Le Bofip précise que la définition de la loi de 2011 reprend " en substance" (toujours ce goût 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 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" !

II – 2 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 héritiers 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" !

II – 3 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; enfin 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 pourtant pas 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 de Bercy 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 co-administrateur de trust. De la même façon, la solidarité fiscale entre co-administrateurs 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 informés de leur qualité : on leur laisse la surprise d'apprendre tout à la fois qu'ils sont bénéficiaires et ruinés par les saisies fiscales !).

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 à raison d'une situation pouvant avoir existé au 1er janvier précédent ou à toute autre date précédente 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 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 paraît 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 ...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.

II – 4 LE BENEFICIAIRE 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, 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. 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 aurait 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 Code lequel article dispose que "le bénéficiaire effectif s'entend de la personne 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 !

II – 5 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 qualifiés 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 : 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 là 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 !

III - 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 rage haineuse, celle qui habite ceux pour qui l'ignorance est un devoir 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 soit des lois faites pour tuer 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 .

III – 1 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 présupposé 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 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 » :

III – 2 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 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.

III – 3 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.

III – 4 UNE SANCTION PEUT ELLE ETRE UN IMPOT ET UN IMPOT PEUT IL ETRE UNE SANCTION ?

L'article 990 J. donne au Prélèvement Spécifique (PS) l'apparence d'un impôt. Cependant le PS n'est pas dû 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.

III – 5 UNE ATTEINTE A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

L'article 792 O bis 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, deux jours plus tard, le 12 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 pourvoir à l'éducation universitaire de ses petits enfants dans quinze ans n'emporte 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

III – 6 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 inexistants, 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'acquiesce 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'acquiescer 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.

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 acquiescé 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 acquiescent 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 » !

III – 7 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, portée récemment à 12,5 %.

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 exorbitante 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).

*
**

IV - CONCLUSIONS

Au terme de cette contribution, 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, à 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.

François TRIPET – 25 juin 2014

Avocat à la Cour de Paris – 88 Avenue Kléber – 75116 Paris