



RI
P

REVUE INTERNATIONALE DU PATRIMOINE

TRUSTS ET FONDATIONS

*Belgique, États-Unis, France, Italie,
Luxembourg, Monaco, Québec, Suisse*

Partie I : Le trust, aspects civils et fiscaux

ANTHEMIS

LEGLIS éditeur juridique

07 ISSN 2535-9371

MARS 2021

REVUE INTERNATIONALE DU PATRIMOINE

#07 - MARS 2021

RI
P

TRUSTS ET FONDATIONS

Partie I : Le trust, aspects civils et fiscaux

Éditorial

Jean-Philippe Mabru 1

Doctrine

The Uses of Trusts in U.S. Estate Planning
Michael W. Galigan 3

Decanting: When an Irrevocable Trust Can Be Modified
Matthew A. Berlin 11

Le trust dans l'ordre successoral français
Jean-Philippe Mabru 21

Immobilier successoral et trust
*Caroline Deneuville,
Anne-Sophie Galand* 35

La réception en France d'un trust valablement constitué en pays de Common law ou comment faire entrer un cercle dans un carré ?
Sophie Ducamp-Monod 41

Le trust et le droit successoral belge
Philippe De Page 49

Le traitement juridique du trust étranger au Luxembourg : une reconnaissance pragmatique
*Antoine-Michel Rodriguez, Catherine Buflust
et Soledad Pascual* 59

Le trust en Suisse : point de situation
Guillaume Cristol 68

La fiducie : Québec
Marilyn Piccini Roy, A.L.E. 79

Trusts et fondations en droit italien. Aspects juridiques et fiscaux du développement d'une institution ancienne et résultats de l'importation des structures juridiques étrangères
*Giovanni Izzo, Alberto Trainotti,
Cristiano Lenti* 92

Le trust en droit monégasque
Cécile Villavres Aulus 106

Les trusts étrangers face à la fiscalité française
Jean-Philippe Mabru 110

La taxe caïman appliquée aux trusts
Pauline Maufort 127

Le traitement fiscal du trust étranger au Luxembourg : une approche comparative
*Antoine-Michel Rodriguez
et Estelle Gille* 138

Tableau comparatif des obligations déclaratives des trusts 144

Legitech Sàrl

10A, Z.A.I. Bourmicht
L-8070 Bertrange

T +352 26 31 64-1

www.legitech.lu



LEGITECH éditeur juridique

PERIODIQUE

Post
LUXEMBOURG

Envois non distribuables à retourner à
L-3290 BETTEMBOURG

PORT PAYÉ
PS/771

LA RÉCEPTION EN FRANCE D'UN TRUST VALABLEMENT CONSTITUÉ EN PAYS DE COMMON LAW OU : COMMENT FAIRE ENTRER UN CERCLE DANS UN CARRÉ¹ ?

SOPHIE DUCAMP-MONOD

NOTAIRE ASSOCIÉE
MASTER OF LAWS IN COMPARATIVE LAW
SPÉCIALISÉE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Décidément, la notion de régime matrimonial entre pays de droit continental et pays de Common law n'est pas le seul domaine d'incompréhension entre les deux systèmes de droit. Alors que les rapports patrimoniaux de tout époux relevant de droit continental se voient rattachés à un régime matrimonial, cette organisation des biens entre époux est inconnue dans les pays de Common law.

De même, le trust, si naturel en pays de Common law, s'insère très difficilement dans les pays de droit continental.

Ces confrontations ne sont pas purement intellectuelles : les particuliers sont amenés à se marier, à travailler, à investir au-delà de leur pays d'origine. Se pose alors inévitablement la question de l'imbrication du régime matrimonial dans le système juridique anglo-saxon, non étudié ici, ou celle de la réception du trust anglo-saxon en pays continental. Dans l'un ou l'autre cas, ce qui a été valablement conçu dans une culture juridique de départ se déploie de façon déformée dans l'autre culture, et dans les deux cas, les particuliers voient leurs prévisions déjouées.

Afin d'illustrer les difficultés d'adaptation du trust en France, quoi de mieux que de décrire un cas pratique.

M. et Mme Fontaine, qui se sont mariés en France sous un régime de séparation de biens, ont développé un commerce en France, puis aux États-Unis. Les affaires sont florissantes et ils sont allés vivre en Californie, avec leurs enfants.

Alors qu'ils vivaient là-bas, des conseils juridiques locaux leur ont fait établir un trust révocable². L'acte de trust prévoit que la validité, l'interprétation et l'administration sont soumises à la loi californienne.

Les constituants du trust sont M. et Mme Fontaine.

Ils sont également *trustee*. Ils gèrent donc le patrimoine mis en trust avec les pouvoirs habituels très larges reconnus aux *trustees* et détiennent la « propriété légale » des biens inclus dans le trust.

Ce trust comprend les murs de l'activité professionnelle des époux Fontaine, deux maisons aux États-Unis, des actions de sociétés américaines et des parts de sociétés françaises.

Pendant leur vie, les constituants-*trustees* peuvent modifier, révoquer le trust dans la limite des pouvoirs d'époux communs en biens pour les biens appartenant aux deux, et par l'époux seul pour ses biens personnels.

Si les *trustees* sont invités à distribuer au moins annuellement les revenus nets générés par les actifs mis en trust, il relève de leur seul pouvoir et volonté de distribuer du capital si ces revenus sont insuffisants pour assurer leur train de vie.

Au décès du premier d'entre eux, le survivant doit diviser les biens du trust en deux sous-trusts :

- l'un affecté aux biens du survivant, appelé « trust du survivant », qui reste révocable par l'époux survivant ;
- l'autre affecté aux biens transmis aux enfants et conjoint survivant, dénommé *by-pass trust*, qui devient irrévocable.

Le *trustee* des deux sous-trusts est le conjoint survivant : il a les pouvoirs les plus larges pour gérer les deux trusts. Néanmoins, pour le *by-pass trust*, il devra rendre compte de sa gestion. S'il devenait incapable ou ne voulait assumer cette gestion, un des quatre enfants serait nommé *trustee* subsidiaire, et s'il ne pouvait ou refusait cette fonction, un autre enfant serait nommé *trustee* subsidiaire en second.

1. Ce titre a été utilisé dans un article écrit par Me Delphine ESKENAZI et Inès AMAR pour illustrer la difficulté d'intégrer la notion de régime matrimonial, inexistante en Common Law en France – AJDF, mars 2020, pp. 167 à 172.

2. Dans les développements qui suivent, ce trust *inter vivos*, ou entre vifs, sera désigné sous le seul mot « trust », par opposition au trust du survivant, ou au *by-pass trust* ci-après.

Si le trust du survivant ne suffit pas à subvenir aux besoins du conjoint survivant, et après épuisement des avoirs contenus dans celui-ci, alors il pourra prélever des revenus du *by-pass trust*.

Le *trust du survivant*, qui revient au conjoint survivant, comprend ses biens personnels, la part qui lui revient dans les biens communs et le « *marital deduction* » – la somme qui lui permet d'éliminer ou de réduire l'impôt de succession fédéral. Le survivant l'administre librement.

Le *by-pass trust* comprend ce qui n'a pas été mis dans le trust du survivant, et tout ce que le conjoint survivant abandonne. Ce trust ne peut plus être modifié, révoqué ou terminé.

Les bénéficiaires du *by-pass trust* sont le conjoint survivant et les descendants du constituant, sans que ces derniers soient nommés et sans qu'une quote-part déterminée leur soit allouée.

Au décès du conjoint survivant, le *trustee* devra, après avoir payé les frais de dernière maladie, obsèques et autres dettes du second conjoint décédé, distribuer les actifs du trust du survivant selon ses dispositions testamentaires ; si ces dernières sont incomplètes, le reliquat revient au *by-pass trust*.

Les bénéficiaires du *by-pass trust* sont quatre trusts, trust au nom de chaque enfant.

Les avoirs du trust au nom d'un enfant sont distribués de la façon suivante :

- un tiers devra être remis à l'enfant dans un délai raisonnable après le décès de leur dernier parent ;
- un sixième devra être remis à cet enfant dans les trois ans du décès de son parent ;
- le solde du trust enfant devra être remis à cet enfant dans les trois ans qui suivent la deuxième distribution.

Des clauses particulières sont prévues dans l'hypothèse d'un prédécès d'un enfant.

Concomitamment, le conseil juridique californien a aidé chaque époux à rédiger un testament où, hormis les effets personnels, meubles meublants, bijoux devant revenir au conjoint survivant (à défaut aux quatre enfants par parts égales), tous les biens dépendant de la succession du défunt – biens autres que ceux dans le trust entre vifs – échoient à... un trust (encore), cette fois-ci testamentaire. Le testateur désigne comme *trustee* son conjoint survivant, et à défaut l'un des quatre enfants. Et si un héritier conteste ce testament, il est privé de tous droits dans sa succession.

Conseiller de faire un trust *inter vivos* révocable est « classique » en Californie, car cela permet d'éviter la procédure de « *probate* ». En effet, dans les pays de Common law,

les héritiers n'appréhendent pas directement les avoirs du défunt, et ils doivent être autorisés par le tribunal pour ce faire. C'est une procédure longue, coûteuse, publique, qui a pour objet de sécuriser le paiement de l'impôt sur les successions aux États-Unis³. On le voit, il n'y a, dans la création de cet instrument, nulle volonté *a priori* de frauder le fisc, mais une intention de pouvoir régler plus facilement le transfert de propriété lors d'un décès.

C'est un point important, notamment, au regard de l'attitude de l'administration fiscale française, ainsi que nous le verrons plus loin.

Parvenus à l'âge de la retraite, M. et Mme Fontaine reviennent vivre en France avec l'intention d'y finir leurs jours.

De leurs quatre enfants, un seul est resté vivre aux États-Unis, en Californie, où il loge dans l'une des maisons qui appartient au trust. Les trois autres enfants vivent en France.

M. et Mme Fontaine nous expliquent que leur souhait premier est de se protéger l'un l'autre, avec le maximum de sécurité pour le conjoint survivant, leurs rapports avec leurs enfants étant actuellement difficiles. Ils précisent que leurs enfants ne s'entendent pas bien entre eux. Ils veulent donc garder la maîtrise de leur patrimoine, ainsi que les pleins pouvoirs pour le gérer au décès du premier d'entre eux.

Ils posent les questions suivantes :

- Qu'advient-il, en l'état, s'ils vendent un actif aux États-Unis dépendant du trust, et que les fonds sont rapatriés en France où ils vivent actuellement (I) ? Ou si l'un d'entre eux décède demain (II) ?
- Ont-ils donc intérêt à garder les trusts ainsi constitués, au besoin en les aménageant (III) ?
- Faut-il au contraire tout repenser en adoptant des outils français (IV) ?

Bien évidemment, ils souhaitent également la solution la moins onéreuse fiscalement.

I. POUVOIRS ET FISCALITÉ TANT QUE LE TRUST DEMEURE

A. Pouvoirs de distribution des actifs mis dans le trust

La France n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur les trusts. Il convient donc de se reporter aux dispositions de droit interne. Les pouvoirs entre époux sont régis par leur régime matrimonial. Il n'y aura pas de difficultés particulières, car l'acte de trust confère les mêmes pouvoirs que ceux dans le régime matrimonial :

3. H. PEISSE, « Quelle est l'utilisation classique d'un trust anglo-saxon ? », *Droit et Patrimoine* n° 289, mars 2019, p. 26.

accord des deux époux pour les biens indivis, pouvoir d'agir seul pour les biens personnels à chaque époux.

La vraie question est celle de la fiscalité.

B. Fiscalité des revenus et produits

1) L'administration fiscale veut connaître les trusts

Au contraire du droit civil qui ne connaît pas le trust, la fiscalité française le définit pour mieux l'appréhender (et mieux le taxer). L'article 792 *Obis* I-1 du Code général des impôts stipule : « Pour l'application du présent code, on entend par trust l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens et droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou par la réalisation d'un objectif déterminé. »

Le trust constitué par M et Mme Fontaine rentre bien dans cette définition.

Or, dès qu'un instrument juridique rentre dans la définition ci-dessus, tout *trustee* a l'obligation de porter à la connaissance de l'administration fiscale française l'existence du trust.

L'article 1649 AB du Code général des impôts prévoit que tout *trustee* ou administrateur de trust doit déclarer à l'administration fiscale française :

- l'existence, la modification, l'extinction du trust ;
- annuellement, la valeur vénale au 1^{er} janvier de chaque année les biens mis en trust.

M. et Mme Fontaine remplissent plusieurs critères d'application de ce texte :

- en tant que constituant et bénéficiaire du trust, résidant en France ;
- en ce que certains biens inclus dans le trust sont situés en France.

S'ils ne le font pas, ils s'exposent à une sanction fiscale : le paiement de 20 000 € par infraction, par application de l'article 1736 *IVbis* du Code général des impôts. Le *trustee* est personnellement responsable et solidaire du paiement de cette pénalité si les constituants ou bénéficiaires ne déclarent rien. Avant l'intervention du Conseil constitutionnel par décision du 16 mars 2017, n° 2016-618, le législateur français avait prévu également une amende forfaitaire de 5 % sur la valeur des biens placés dans le trust. Cette sanction a été jugée manifestement disproportionnée à la gravité des faits, et elle a été supprimée⁴. Elle est une des manifestations de l'aversion du législateur français contre

cet outil, qui voit dans le *trust* un montage imaginé pour éluder le paiement de l'impôt en France.

2) La fiscalité des revenus et produits placés dans un trust

Selon l'article 120 du Code général des impôts : « Sont considérés comme revenus au sens du présent article » ; 9° : « les produits distribués par un trust défini à l'article 792-*Obis* quelle que soit la consistance des biens et droits placés dans le trust ».

Il convient donc de distinguer les produits distribués de ceux qui ne le sont pas.

a) Revenus distribués

Les revenus et produits distribués aux bénéficiaires sont imposés en France dans la catégorie de revenus de capitaux mobiliers. Ils sont soumis à l'impôt sur le revenu des particuliers, lesquels sont soumis au taux maximum de la flat tax de 30 %.

Selon la Convention fiscale entre la France et les États-Unis en date du 31 août 2014, un revenu versé a le même caractère qu'il soit placé en trust ou pas : dividende ou revenu foncier, par exemple.

Une distinction aux États-Unis est faite entre le trust simple, où les revenus produits par les biens mis en trust doivent être distribués en totalité au fur et à mesure de leur distribution (ce qui semble être le cas du trust constitué par les époux Fontaine) et le trust complexe, qui sont tous les autres trusts.

En présence d'un trust simple, les États-Unis ne taxent qu'au nom des bénéficiaires.

En présence d'un *trust complexe*, les États-Unis taxent le trust lors de l'encaissement des revenus par le trust, puis les bénéficiaires, lors de la distribution des revenus. L'impôt acquitté en premier par le trust s'impute sur l'impôt dû par le bénéficiaire.

En cas de distributions au profit d'un bénéficiaire résidant en France, l'impôt payé par le bénéficiaire aux États-Unis donne lieu à un crédit d'impôt en France, correspondant à l'impôt acquitté aux États-Unis.

En revanche, la France n'octroie aucun crédit d'impôt sur celui acquitté par le *trustee* au nom du trust.

M. et Mme Fontaine étant à la fois *trustee* et bénéficiaires, ils ont intérêt à déclarer les revenus perçus aux États-Unis en leur qualité de bénéficiaires du trust, s'agissant de fait de revenus réguliers décidés dans l'acte de trust, puis de dé-

4. C. NOURISSAT, « Lutte contre le blanchiment : transposition en France de la 5^e directive », *Deffrénois* 29/03/2020, n° 13, p. 29.

clarer en France ces produits dans leur déclaration d'impôt sur le revenu français, en faisant valoir leur crédit d'impôt. En revanche, s'ils cèdent les actifs mobiliers générateurs de revenus mis en trust et non les revenus eux-mêmes, situés aux États-Unis, ils n'auront pas un tel crédit.

b) Revenus non distribués

N'est pas imposable dans la catégorie des revenus un versement qui correspondrait à la remise d'un capital mis dans le trust. Pour opposer à l'administration fiscale cette remise en capital, M. et Mme Fontaine devront conserver la documentation du trust, les comptes, l'historique des biens mis dans le trust pour établir que la cession porte sur du capital. À défaut de preuve, la distribution risque d'être totalement imposée.

L'article 120. 9° du Code général des impôts exonère en principe de toute imposition les revenus réinvestis dans le trust.

Ce principe est assorti d'une exception figurant à l'article 123bis du même code : « Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote [...] dans une entité juridique [...] fiducie ou institution comparable établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique [...] le caractère privilégié d'un régime fiscal est déterminé conformément aux dispositions de l'article 238 A par comparaison avec le régime fiscal applicable à une société... »

L'article 238 A du Code général des impôts définit la notion de régime fiscal privilégié comme celui d'un État où « elles n'y sont pas imposables ou si elles sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont montant est inférieur de 40 % ou plus à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été normalement redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ».

Cet article permet de taxer les résidents français qui possèdent 10 % ou plus de droits aux bénéfices dans les entités établies dans un État à fiscalité privilégiée, dont l'activité principale est la gestion de portefeuilles, même en l'absence de distribution effective.

Pour que le texte soit applicable, il faut :

1. que le régime fiscal du trust soit privilégié ;
2. que l'actif soit composé principalement de valeurs mobilières ;
3. que le résident français détienne une participation d'au moins 10 %.

Si M. et Mme Fontaine remplissent bien le dernier critère, puisqu'ils sont propriétaires à 100 % des revenus du trust, les deux premiers ne le sont pas : le trust est imposé aux États-Unis sans fiscalité privilégiée, et si le trust comprend des avoirs financiers, ils ne sont pas principaux ou majoritaires.

3) Fiscalité liée à l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)

M. et Mme Fontaine ont constitué un trust révocable. L'article 970 du Code général des impôts impose tous les actifs, qu'ils soient en France ou aux États-Unis, puisque M. et Mme Fontaine résident en France : « Les actifs mentionnés à l'article 965 (biens immobiliers entendus de la façon la plus large) placés dans un trust défini à l'article 792-Obis son compris, pour leur valeur vénale nette au 1^{er} janvier de l'année d'imposition, selon le cas, dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire qui est réputé être un constituant. »

Le constituant d'un trust pourrait être exonéré de l'impôt sur la fortune immobilière dans la seule hypothèse où le trust serait irrévocable et les bénéficiaires autres que lui-même. Dans ce cas, ce sont les bénéficiaires qui devraient déclarer les actifs, uniquement français s'ils résident hors de France, mondiaux s'ils résident en France.

À défaut de déclaration, un prélèvement spécifique de 1,50 % est dû par application de l'article 990 J du Code général des impôts.

En tant que résidents fiscaux en France, Monsieur et Madame Fontaine doivent déclarer tous les immeubles ou parts de sociétés immobilières, situés en France ou aux États-Unis.

4) L'impôt *sui generis* de l'article 990 J du Code général des impôts

Selon l'article 990 J du Code général des impôts, les constituants ou bénéficiaires d'un trust tel que défini à l'article 792-Obis du même code sont soumis à un prélèvement au tarif le plus élevé de l'impôt sur la fortune immobilière (1,50 %). Un arrêt récent du Conseil d'Etat a rappelé que le redevable de ce prélèvement est celui qui cumule les qualités de constituant et de bénéficiaire du trust.⁵

Toutefois, cet impôt n'est pas dû si :

- les actifs inclus dans le trust ont été déclarés à l'impôt sur la fortune immobilière ;
- les actifs ont été déclarés conformément à l'article 1649 AB du même code, et si l'actif net taxable est inférieur aux seuils applicables à l'impôt sur la fortune immobilière.

5. CE, 11/12/2020, n° 44230 Lebon.

5) Taxe annuelle de 3 % sur la valeur vénale des biens détenus au travers d'un trust – article 990 D du Code général des impôts

En principe, toute entité juridique, y compris toute fiducie ou institution comparable qui détient des actifs immobiliers, doit payer chaque année une taxe de 3 % sur la valeur de ces actifs.

Le Conseil d'État a confirmé l'application de ce texte aux trusts⁶. Selon cette décision, le trust est réputé avoir son siège dans l'État où il a été constitué.

L'article 990 E du Code général des impôts exonère toutefois les propriétaires de ces entités :

- si l'entité relève d'un pays lié avec la France par une convention fiscale qui prévoit la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, ce qui est le cas de la Convention fiscale entre la France et les États-Unis (article 15), ou qui ont un même traitement que les entités ayant leur siège social en France ;
- si les propriétaires de trust prennent l'engagement de communiquer à l'administration fiscale sur sa demande la consistance, la valeur, la situation des immeubles inclus dans le trust ou ;
- s'ils déclarent chaque année la consistance, la valeur, la situation des immeubles à l'administration fiscale.

Il importe de rappeler aux époux Fontaine cette obligation d'information ou de déclaration pour que ces derniers n'aient pas à s'acquitter de cette taxe.

II. SORT DES BIENS MIS DANS LE TRUST EN CAS DE DÉCÈS DE L'UN DES ÉPOUX

A. Conséquences civiles en France du trust lors du décès du constituant

La France est liée par le règlement européen n° 650/2012 sur les successions du 4 juillet 2012, lequel exclut de son champ d'application la fiscalité et « la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts ».

Même si cette exclusion de principe est édulcorée par le considérant 13 préalable aux textes du règlement en ce qu'elle « ne devrait pas s'entendre comme une exclusion générale des trusts », son insertion dans l'ordre juridique français est difficile.

M. et Mme Fontaine, tous deux de nationalité française et probablement résidents en France au jour de leur décès, seront soumis à la loi successorale française – loi de leur dernière résidence –, conformément à l'article 21 du règlement susvisé. N'ayant pas d'autre nationalité que

française, ils ne pourront pas choisir la loi californienne pour soumettre le règlement de leur succession à une loi identique à celle applicable à leur trust.

De fait, les deux lois – la loi californienne qui est à l'origine du trust, M. et Mme Fontaine ayant pu valablement constituer un trust de leur vivant alors qu'ils résidaient en Californie, et loi française applicable à la succession – vont devoir cohabiter.

La loi successorale française est amenée à régir la transmission par décès du patrimoine mondial.

Ainsi, la loi française détermine la dévolution successorale, les droits et pouvoirs des héritiers et du trustee, le contenu des biens dépendant de la succession, notamment « quant à la réintégration dans les masses successorales, les biens mis en trust »⁷.

Le trust qui produit des effets après le décès du constituant reçoit la qualification de disposition à cause de mort et se trouve soumis à la loi successorale

L'application des règles du trust se heurte à trois difficultés : la saisine, les droits réservataires et la publication des droits au fichier immobilier.

1) La saisine

Le *by-pass trust* à créer au décès du premier de M. ou Mme Fontaine confère tous pouvoirs au trustee, qui est en principe le conjoint survivant, à défaut l'un des enfants, pour gérer ou vendre le patrimoine mis dans le trust.

Cette solution est contraire au droit français, qui donne à tout héritier majeur capable le droit d'appréhender immédiatement et directement les biens dépendant de la succession.

L'un des enfants pourrait s'opposer à la gestion exclusive exercée par sa mère ou sa sœur/son frère.

Contrairement au souhait de M. et Mme Fontaine, le conjoint survivant sera dépendant des avis, du bon vouloir de ses enfants.

2) Les droits réservataires

L'ordre public international neutralise les effets de la loi étrangère jugés contraires aux principes essentiels du droit français.

Dans deux arrêts du 27 septembre 2017⁸, la Cour de cassation a jugé qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français ».

6. CE, 09/05/2019, n° 426-431.

7. G. KHAIRALALLAH, *Bulletin du Cridon de Paris*, 1^{er}/15 avril 2015, n° 7-8, p. 5.

8. Cass. 1^{re} civil, 27 septembre 2017, n° 16-13151 et n° 16-17198.

Par arrêt du 4 juillet 2018, la Cour de cassation énonce expressément que la réserve héréditaire est d'ordre public interne⁹.

La position jurisprudentielle risque d'être contrebalancée dans le futur si le projet de loi discuté le 9 décembre 2020 à l'Assemblée Nationale est promulgué. Cet projet prévoit, dans le cas d'une succession internationale, si le défunt décède dans un État membre de l'Union Européenne, et si la loi applicable à sa succession ne connaît pas la réserve, les enfants réservataires bénéficieront d'un prélèvement compensatoire sur les biens situés dans l'État membre de façon à remplir leurs droits réservataires.

La situation de la famille Fontaine est française : parents et enfants sont de nationalité française et résidents en France, à l'exception d'un seul enfant.

Si, par application de la loi californienne, les biens placés en trust sont hors succession, le notaire en charge de régler la succession d'un époux Fontaine relèvera que la famille a des liens étroits avec la France. Il attirera l'attention des enfants sur la notion d'ordre public de proximité, qui, en principe, ne s'oppose pas à une situation juridique créée à l'étranger, mais qui doit avoir un lien étroit avec la France. À défaut de lien étroit entre le trust créé à l'étranger il y a plusieurs années et leur situation actuelle en France, les enfants pourront se prévaloir de la réserve héréditaire française.

Cette interprétation est conforme au considérant 50 du règlement européen du 4 juillet 2012, qui rappelle que « la loi [...] qui régira les effets contraignants d'un pacte entre les parties, devrait être sans préjudice des droits de tout personne, qui en vertu de la loi applicable à la succession, peut prétendre à une réserve héréditaire ».

Selon le droit français, la réserve est, en présence de quatre enfants, de trois quarts du patrimoine du défunt. Cette quote-part doit leur revenir tout de suite, sauf application du droit d'usufruit du conjoint survivant sur cette quote-part.

Le *by-pass trust* n'indique pas la portion qui revient à chacun, notamment entre le conjoint d'un côté et les enfants de l'autre. Concrètement, on ne peut donc pas savoir si les enfants recueilleront leur quote-part de réserve, dont ils ne pourront sécuriser le maintien jusqu'au décès du second époux – ce qui se rapprocherait d'un bien soumis à l'usufruit du conjoint survivant. Mais les droits d'un usufruitier sont bien moindres que les larges pouvoirs dont jouit le *trustee*, notamment, celui de vendre librement les biens mis dans le trust.

Si le conjoint survivant veut le maintien du trust pour garder les pouvoirs larges octroyés dans l'acte de trust, il faudra que les biens situés en France soient suffisants pour allouer les enfants de leur part réservataire respective, ce qui n'est pas le cas à ce jour.

M. ou Mme Fontaine ne sont pas à l'abri de la revendication, ne serait-ce que d'un seul enfant, de sa quote-part réservataire face aux trusts constitués.

Conformément à l'acte de trust, les modalités de transfert lors du décès du premier des constituants ne pourront s'appliquer que si tous les ayants droit l'acceptent. À défaut, les héritiers se prévaudront des dispositions sur la réserve d'ordre public de la loi successorale française.

3) La publicité foncière

Un certain nombre de biens immobiliers français seront transmis au *by-pass trust*. Dans le cas soumis, le *trustee* est soit le conjoint survivant, soit l'un des enfants. Mettre un bien au fichier immobilier au nom d'une personne physique va de soi.

La personne physique apparaîtra au fichier immobilier comme « plein propriétaire ». Or, un *trustee* détient une propriété « légale » qui s'oppose à la propriété « équitable » du bénéficiaire.

Inscrire une personne en tant que pleine propriété est-elle satisfaisante ?

La réponse négative s'impose, et s'impose de façon flagrante si c'est un enfant qui assume le rôle de *trustee*. La volonté de M. et Mme Fontaine n'est certainement pas de transmettre tout leur patrimoine à l'un d'entre eux.

Pourrait-on dès lors tenter d'inscrire au fichier immobilier le nom de Madame Fontaine ou de l'un des enfants en qualité de *trustee* ?

Le droit français ne connaît pas le démembrement propriété légale (qui appartient au *trustee*) et propriété équitable (qui appartient au bénéficiaire).

Aucune garantie ne peut être donnée aux époux Fontaine sur cette possibilité, et ce même si l'article 31 du règlement européen sur les successions prévoit que « le droit réel [valablement créé dans un État différent de celui applicable à la succession] est si nécessaire, et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés ».

Peut-être la solution serait-elle de publier le transfert de propriété au nom du « fiduciaire », notion la plus proche du *trustee*, encore que la fiducie française n'a rien à voir avec le trust, ne serait-ce que parce qu'elle ne peut être un vecteur de transmission à titre gratuit.

Une autre solution pourrait être d'avoir l'accord des parties en démembrement usufruit pour le conjoint, nue-propriété pour les enfants.

9. Cass. 1^{re} civil, 4 juillet 2018, n° 17-16515.

Si cette dernière solution permet la publication des droits en démembrement, ce dernier n'a rien à voir avec celui de propriété légale/équitable, et concrètement, il ne répond pas au souhait actuel des époux Fontaine d'investir le conjoint survivant des pouvoirs les plus larges au décès du premier d'entre eux.

Finalement, il ne peut être garanti aux époux Fontaine qu'au décès de l'un d'eux, le survivant apparaisse au fichier immobilier comme « trustee ».

B. Conséquences fiscales en France du trust lors du décès du constituant

Les conséquences fiscales sont décrites à l'article 792-Obis II du Code général des impôts et visent tant les droits de succession que la taxation d'une donation.

Un arrêt de la Cour de Cassation vient de rappeler que les droits de mutation à titre gratuit sont dus, pour les biens placés en trust, au jour de sa clôture¹⁰.

Le trust constitué par les époux Fontaine prend fin au décès du 1^{er} d'entre eux. Les droits de mutation par décès sont dus par suite de ce premier décès.

L'article 792-Obis distingue trois hypothèses :

1. Si une part *déterminée* est transmise à un bénéficiaire *déterminé*, la taxation se fait selon le droit fiscal commun, en fonction du lien de parenté entre constituant et bénéficiaire ; si le constituant est le père/la mère du bénéficiaire (enfant), les droits sont de 5 à 45 % en fonction de la valeur transmise, après, le cas échéant, un abattement applicable entre parent et enfant ;
2. si une *portion globale* revient à un ensemble de bénéficiaires, les taux de 45 % ou 60 % s'appliquent d'emblée, sans abattement, selon que les bénéficiaires ont un lien de parenté ou non avec le constituant ;
3. si les biens sont *conservés* dans le trust, pour que les revenus soient distribués ou pas postérieurement au décès, s'applique d'emblée le taux de 60 %, sans abattement.

Dans le cas des époux Fontaine, la part qui revient au trust survivant est déterminable et le bénéficiaire, le conjoint survivant, est déterminé. Les conditions de la première hypothèse sont remplies, et compte tenu du lien entre époux, il sera fait application de l'exonération des droits de mutation entre époux.

En revanche, la quote-part revenant au *by-pass trust*, si elle est déterminable, revient globalement au conjoint survivant et aux enfants, et est conservée en trust, distribuable si les revenus du trust survivant est insuffisant. Le taux de 60 % s'applique, alors et pourtant que s'il n'y avait pas eu de trust, le conjoint survivant aurait totale-

ment été exonéré de droits de mutation à titre gratuit, et les enfants auraient été redevables d'un taux progressif jusqu'à 45 % après abattement personnel de 100 000 €.

III. COMMENT FAIRE ÉVOLUER LE TRUST ? LE TRUST, EST-IL UN INSTRUMENT ADAPTÉ EN FRANCE ?

Si les époux Fontaine tiennent absolument à garder ce qui a déjà été créé avec les frais de constitution induits, à tout le moins, il faut faire évoluer le *by-pass trust* pour éviter l'imposition à 60 %. Il conviendrait de déterminer la quote-part revenant à chaque enfant, indiquer qu'elle s'impute sur leur part réservataire et se rapprocher d'un avocat californien ayant une formation en droit français pour valider la répartition telle que souhaitable en droit français¹¹.

Néanmoins, faut-il maintenir le trust ?

Le trust entre vifs révocable qui a été proposé par le juriste californien avait un sens tant que les époux Fontaine vivaient en Californie pour une transmission plus aisée au décès du premier d'entre eux. Vivant actuellement en France et n'ayant pas l'intention de s'y installer, cet intérêt s'amointrit.

La gestion d'un trust peut être utile aussi quand elle est confiée à un tiers, professionnel du chiffre et/ou bon juriste, quand le constituant et/ou les bénéficiaires n'ont pas les compétences pour gérer un patrimoine complexe.

Dans le cas des époux Fontaine, ils sont eux-mêmes gérants du trust et bénéficiaires de celui-ci. Le schéma mis en place n'apporte rien de plus par rapport à une gestion directe.

En gardant leur trust, les époux Fontaine :

- n'assurent pas leur volonté de pouvoir gérer ou disposer librement des avoirs dans le trust comme la lettre de l'acte qui le crée le laisserait entendre, car contraire aux dispositions d'ordre public du droit successoral français ;
- sont soumis à des contraintes administratives :
 - o de déclaration de constitution du trust et de déclaration annuelle, sous peine d'une sanction financière ;
 - o de la révélation annuelle de leur patrimoine immobilier pour éviter la taxe annuelle sur la valeur vénale de 3 %, sous peine d'application de cette taxe.

La fiscalité des trusts a tendance à être plus lourde que d'autres entités (impôt *sui generis* de l'article 990 J du Code général des impôts, fiscalité défavorable des droits de mutation à titre gratuit).

De façon globale, le législateur français est très méfiant à l'égard des trusts, moyen présumé voulu pour éluder l'impôt. Il avait institué un registre des bénéficiaires effectifs

10. Cass. Ch. com., 18/11/2020 - n° 18-14.241F-PB.

11. H. PEISSE et P. TOUR-SARKISSIAN, *Trusts américains et pratique notariale française*, Deffrénois, 2013.

des trusts, mais le Conseil constitutionnel par décision du 21 octobre 2016 « a relevé qu'un registre accessible à tous constituait une atteinte au droit au respect à la vie privée »¹².

Mais, en application de la Directive européenne n° 2018/843 du 30 mai 2018, tout professionnel devra à l'avenir identifier les bénéficiaires effectifs d'un trust.

Le trust ne sera même plus un moyen de rester discrets sur le nom des bénéficiaires, sur les avoirs détenus en trust.

Alors, le bon conseil serait plutôt d'y mettre fin, et de proposer des outils adaptés à leur situation actuelle.

On rappelle, les époux Fontaine ainsi que trois de leurs enfants résident en France, ils ont des actifs en France et aux États-Unis. Ils souhaitent en priorité protéger le conjoint survivant des actions de leurs enfants au décès du premier d'entre eux. Ils n'entendent pas transmettre dès à présent des biens à leurs enfants.

IV. QUELLES SOLUTIONS ALTERNATIVES AU TRUST SI FINALEMENT IL Y EST MIS FIN

Si les époux Fontaine décèdent alors qu'ils sont résidents en France, étant de nationalité française, ils n'auront pas la possibilité de choisir une autre loi que la loi française, puisque le choix de loi est réservé à ceux qui ont une nationalité différente de leur lieu de résidence (article 22 du règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012). La loi successorale française gouvernera l'ensemble de la succession (considérant 37 et article 23 du même règlement).

Néanmoins, la loi californienne intervient : d'une part, un trust a été créé sous son empire ; d'autre part, le trust contient des immeubles situés aux États-Unis, et notamment la maison où loge un des quatre enfants.

Le droit international privé de l'État de Californie désigne comme loi successorale applicable à une succession celle de la dernière résidence pour les meubles, et celle de situation des immeubles pour ces derniers.

Le règlement de l'Union européenne du 4 juillet 2012 accepte le renvoi de la loi américaine à la loi d'un État membre (article 34 du même règlement). Reste le sort des immeubles situés aux États-Unis qui, selon la loi californienne, sont soumis à la loi de leur situation, donc loi américaine.

Deux mécanismes existent et peuvent être proposés, l'un n'excluant pas l'autre, mais, au contraire, peuvent être complémentaires :

1. – soit on recourt à un contrat d'assurance-vie, notamment pour les liquidités, au besoin avec démembrement de propriété usufruit/nue-propriété avec convention de quasi-usufruit au profit du conjoint survivant.

La notion de démembrement usufruit/nue-propriété n'est pas connue aux États-Unis. Il conviendra donc de limiter ce type de produits sur les avoirs localisés en France.

2. – soit on recourt à l'aménagement de leur régime matrimonial.

Plusieurs aménagements au régime matrimonial sont possibles :

- ou bien une partie des biens est mise en communauté, attribuée intégralement au conjoint survivant ;
- ou bien tous les biens sont mis en communauté, avec une clause attribuant une quote-part à la succession du conjoint prédécédé et une autre quote-part au conjoint survivant ;
- ou bien certains biens seront prélevés par préciput au profit du conjoint survivant avant tout partage.

Dans les trois cas, à défaut d'opposition des enfants du vivant des parents, et dans le délai de trois mois de la notification qui leur sera faite de l'aménagement du régime matrimonial, le conjoint survivant attributaire de tout ou partie des biens en pleine propriété n'a pas besoin de l'accord de ses enfants pour les administrer ou les vendre.

Encore faut-il, pour faire opposition, que les enfants établissent que l'aménagement du régime matrimonial de leur parent est contraire à l'intérêt de la famille entendue de façon large, et que cette opposition soit validée par un juge. En pratique, les rares cas où le juge s'opposerait à un tel aménagement seraient ceux où tous les enfants ne sont pas communs aux deux époux, ou en présence d'un enfant handicapé, ce qui n'est pas notre cas.

Sans rentrer dans les détails, il faudra observer le formalisme proche de la Common Law pour que le changement de régime soit opposable aux États-Unis : que chaque époux soit représenté par un conseil indépendant, que tous les avoirs au moment du changement de régime soient révélés à l'autre époux, qu'un temps de réflexion ait eu lieu entre la rédaction du contrat et sa signature¹³.

Enfin, il conviendra de refaire le testament où il ne sera pas question de créer un trust testamentaire, mais où il conviendra de nommer un exécuteur testamentaire (dans notre cas, le conjoint survivant) pour qu'il puisse gérer au mieux les actifs aux États-Unis.

Les solutions imaginées en France pour conférer le maximum de pouvoirs au conjoint survivant devront être impérativement validées/aménagées par le Conseil américain afin de s'assurer qu'elles fonctionnent également aux États-Unis.

Nous voyons au travers de ce cas pratique qu'il est essentiel de coordonner les différents systèmes juridiques organisant la transmission patrimoniale dans un contexte international avec l'appui de conseils spécialisés de part et d'autre de chacune des deux cultures juridiques. ■■■

12. C. NOURISSAT, *op. cit.*, n° 3.

13. Pour plus de détails, voir article de D. ESKENAZI, « Se dire "oui", ou se dire "yes"... Comment se marier à l'international », *Droit & Patrimoine*, n° 261, septembre 2016.