

**UNIVERSITE PARIS-SUD**  
**Faculté Jean Monnet – Droit, Économie, Gestion**  
*Année universitaire 2012-2013*

**LE TRUST COMME OUTIL FISCAL EN DROIT  
FRANÇAIS**

**Mémoire de Master 2**

**Juriste d'affaires franco anglais**

présenté par

**Camille HEUSSLER**

Le 20 juin 2013

Sous la direction de

**Maitre Rémi DHONNEUR**

Jury :

- Mme le Professeur MOREAU, Université Paris Sud
- M. le Professeur EINBINDER, Université Paris Sud

## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont, de près ou de loin, aidée et soutenue pour la rédaction de ce mémoire de fin de Master. Tout particulièrement je tiens à adresser ma gratitude à :

- Maître Rémi DHONNEUR, pour avoir accepté la charge de la direction de mon mémoire, mais également pour tous ses précieux conseils et sa capacité à communiquer son vif intérêt pour la fiscalité.
- L'intégralité de l'équipe International Executive Services de FIDAL INTERNATIONAL au sein de laquelle a lieu mon stage de fin d'études. Mes remerciements vont tout particulièrement à Carine Adjibi, Valérie Pezet, Fanny Mameri, Zoé Rallis, Anna Stec et Julien Abriola.
- Ma mère, pour son soutien inconditionnel et son œil avisé.

## Table des matières

INTRODUCTION .....	4
I.    L'élaboration par le juge d'un régime fiscal opportun pour les trusts .....	11
A.    L'incroyable casse-tête des règles de territorialité .....	11
B.    Le traitement approprié par le juge des droits de mutations à titre gratuit face au trust.....	12
C.    Le traitement de l'impôt de solidarité sur la fortune par le juge, bête noire de l'administration fiscale .....	16
II.   L'arrivée tant attendue de la Loi de Finance Rectificative de 2011, un résultat plus que mitigé .....	19
A.   La tentative d'encadrement du trust, ou la multiplication des interrogations ...	20
1.   La définition du trust en droit fiscal français, un travail inachevé .....	20
2.   Les nouvelles obligations déclaratives de l'administrateur, obstacle considérable au mécanisme du trust .....	21
3.   La question complexe de l'applicabilité des conventions fiscales internationales ou la problématique de la double imposition .....	24
B.   Le nouveau régime d'imposition du trust, la fin de l'utilité fiscale du mécanisme .....	26
1.   Les droits de mutation à titre gratuit face au trust, un régime bien mal construit .....	26
2.   L'imposition du trust au titre de l'impôt sur la fortune, un travail nécessaire mais inadéquat .....	32
CONCLUSION .....	37
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE .....	38

## INTRODUCTION

« Si l'on demande à quoi sert le trust, on peut répondre : à tout ! Il est plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine »<sup>1</sup>

Le trust a toujours été considéré par les praticiens les plus pointus comme l'un des outils les mieux adaptés pour la gestion du patrimoine des particuliers. Cette institution connaît une importance sans borne dans les systèmes de droit anglo-saxon, ce qui se reflète particulièrement bien dans la qualification qu'attribue D.J Hayton au trust : « *The guardian angel of the anglo-saxon* »<sup>2</sup>.

Pour beaucoup le trust ne constitue pas un instrument d'évasion fiscale mais, plutôt, une très bonne alternative à la disparition du secret bancaire tel qu'il a pu exister de par son opacité certaine quant à ses bénéficiaires. En effet, il est assez courant que les bénéficiaires d'un trust ne sachent pas même qu'ils le sont, et quel plus grand secret y a-t-il qu'un secret dont le sujet lui-même n'a pas connaissance. Le trust se retrouve donc être un très bon outil de planification successorale ou de gestion patrimoniale, bien plus qu'un instrument d'évasion fiscale, contrairement à la vision qu'en rend la loi de finance rectificative pour 2011, qui a durci, au-delà de toute mesure et raison, le traitement fiscal du trust en France.

Le trust trouve, contre toute attente, son origine en France. A l'époque des croisades, il était de commune habitude pour les croisés lorsqu'ils quittaient leur pays, de confier la gestion de leurs biens à des proches ou personnes de confiance. La personne désignée disposait de pouvoirs étendus sur les biens et leur gestion et se trouvait en charge de reverser les bénéfices tirés de ces biens aux familles et proches du croisé. Le trust a ensuite traversé la Manche avec l'aide de Guillaume le Conquérant, s'est alors implanté dans les traditions anglaises et par la suite dans la pratique juridique de tous les pays de droit de Common Law.

---

<sup>1</sup> P. Lepaulle, Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, droit fiscal et droit international, 1932

<sup>2</sup> D.J. Hayton ; The Law of Trust ; Fundamental Principles of Law, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> edition, 1993

En parallèle, au sein des pays de tradition romano-germanique, alors que la notion de trust se perdait, s'est développé le nouveau concept de fiducie qui, bien que proche de son nouveau voisin anglais, présente des différences significatives, tant sur la forme que sur le fond, ne permettant pas d'assimiler les deux outils juridiques.

Le trust se définit généralement comme une relation triangulaire. Schématiquement les trois acteurs sont les suivants, le constituant ou *settlor* ; l'administrateur ou *trustee* et enfin le bénéficiaire ou *beneficiary*. Le premier décide de se dessaisir d'une partie de son patrimoine, biens, droits ou produits, et les confie au second, l'administrateur, qui a pour charge de gérer ces biens selon les dispositions prises par le constituant au sein d'un acte constitutif possiblement amendé, le *trust deed*. Cette gestion faite par le trustee doit se faire au profit du ou des bénéficiaires à qui, à terme, doivent revenir les biens, droits et autres produits objets du trust. Le trust réside donc dans la volonté d'une seule partie, celle du constituant, qui décide d'abandonner une partie de son patrimoine. Cette particularité représente d'ailleurs une des distinctions fondamentales entre le trust et la fiducie, qui s'est particulièrement opposée à l'identification des deux outils.

Le mécanisme du trust ne trouve aucun équivalent dans les institutions de droit français, la doctrine s'est évertuée à le comparer au contrat, mandat, à la stipulation pour autrui ou encore la fondation de famille, mais chacun de ces instruments diffère significativement du trust. Par exemple le contrat s'oppose au trust dans le même point que la fiducie, en ce qu'il nécessite la rencontre de volonté d'au moins deux personnes. Il en est de même pour la stipulation pour autrui, mais celle-ci se distingue surtout en ce que le bénéficiaire de la stipulation est titulaire d'une simple créance chirographaire à l'encontre du stipulant tandis que le bénéficiaire du trust se trouve assuré dans le patrimoine qui lui revient dès lors que celui-ci lui est spécifiquement affecté. Enfin la fondation, qui elle aussi peut mener aux mêmes objectifs qu'un trust, se distingue nettement de celui-ci en ce qu'elle possède une personnalité juridique, c'est une personne morale, tandis que le trust n'est qu'un instrument juridique. La propriété légale des biens mis en trust revient à l'administrateur, tandis que celle des biens mis à disposition de la fondation revient à cette dernière.

La particularité du trust par rapport à notre système de droit civil se trouve dans la conception de la propriété sur laquelle repose le trust. En effet, il est basé sur la superposition de deux propriétés distinctes le *legal ownership* et le *beneficial* ou *equitable ownership* selon les auteurs. Le *legal ownership* constitue le pouvoir de propriété, qui appartient alors à l'administrateur, maître de la gestion des biens. Le *beneficial ownership*, comme son nom l'indique revient aux bénéficiaires qui retirent tout l'intérêt, les produits et autres, de l'objet du trust, il s'agit de la propriété économique. Cette distinction apparaît plus qu'incongrue dans notre système de droit civil où la théorie de l'unicité du patrimoine a toujours été maîtresse et cela explique pour une part certaine la réticence de notre système de droit à apprivoiser cet étrange instrument qu'est le trust.

Cependant cette duplicité des patrimoines ne semble plus aussi lointaine de nos jours qu'elle a pu l'être dans le passé. Avec l'apparition de la fiducie<sup>3</sup> mais également du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée<sup>4</sup>, les idées de patrimoine d'affectation ont commencé à être appréhendées dans notre système juridique.

Malgré ce rapprochement, la France n'avait jusqu'à récemment aucune définition légale du trust. La convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1992,<sup>5</sup> en offre pourtant une définition judiciaire. Au sein de son article 2 celle-ci définit en effet le trust de la façon suivante :

*« Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.*

*Le trust présente les caractéristiques suivantes :*

---

<sup>3</sup> LOI n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

<sup>4</sup> LOI n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

<sup>5</sup> Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;*
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;*
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

*Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust. »*

La France, pourtant signataire de cette convention, ne l'a jamais ratifiée, peut-être par peur d'un concept encore trop étranger à l'époque, mais en tout cas pas parce qu'elle n'aurait pas jugé cette définition adéquate. En effet, c'est celle-ci qu'elle reprendra au sein de la loi de finance rectificative pour 2011 offrant ainsi au système juridique français sa première définition légale du concept. Celle-ci est aujourd'hui codifiée dans le Code Général des Impôts, à l'article 792-0 bis :

*« On entend par trust l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat 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 ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé. »*

Le paysage du trust est cependant bien plus vallonné que cela. En effet le trust est un instrument complexe connaissant de nombreuses formes et diverses modalités. Il est en effet possible de distinguer :

- Les trusts révocables par opposition aux trusts irrévocables,
- Les trusts « inter vivos » par opposition aux trusts testamentaires,
- Les trusts discrétionnaires par opposition aux trusts simples,

- Les trusts volontaires par opposition aux trusts légaux.

Quant aux trusts volontaires et légaux, la distinction se situe sur l'acte déclencheur de la constitution du trust : le trust est volontaire lorsqu'il dépend de la seule volonté de constituant ; il sera cependant légal s'il a été imposé par une décision de justice pour gérer certains biens. Cette distinction ne revêt pas ici d'importance fondamentale.

La différence entre les trusts discrétionnaires et ceux simples pèse plus lourd dans la balance. Les premiers sont caractérisés lorsque l'administrateur se trouve libre d'effectuer les distributions des revenus générés par les actifs du trust, le *trust deed* lui laisse une marge de manœuvre sur la manière dont ce dernier souhaite effectuer les distributions, que ce soit sur leur périodicité ou sur leur montant. A l'inverse si le *trust deed* prévoit expressément des versements à périodicité et montant déterminés (ou déterminables), sans que l'administrateur puisse y déroger, le trust est alors qualifié de simple.

Egalement fondamentale, la distinction entre les trusts « inter vivos » et ceux testamentaires se situe dans la situation du constituant au moment de la création du trust. Un trust « inter vivo » est constitué du vivant de celui à qui appartiennent les biens, alors que dans un trust testamentaire, la mise en trust des biens se fait à cause de mort du constituant. Cette dernière catégorie a d'ailleurs pu poser de nombreuses questions sur le plan des droits de mutations à titre gratuit.

Enfin, et non des moindres, la distinction entre les trusts révocables et irrévocables. Le trust est révocable lorsque le constituant n'est pas dessaisi définitivement de son actif, il peut alors agir sur les biens placés en trust et décider de les retirer. Cette forme de trust est souvent utilisée pour la gestion de biens. A l'opposé, dans les trusts irrévocables l'actif est mis hors de portée du constituant, qui n'a plus aucune emprise sur celui-ci. L'administrateur devient alors unique possesseur du *legal ownership*. Cette distinction est fondamentale pour la détermination des redevables des différents impôts dans la majorité des pays de droit anglo-saxon connaissant le trust.

La taxation du trust en France a subi de grandes évolutions ces dernières années, faisant totalement changer le regard fiscal qu'il faut porter sur l'instrument. C'est pour cela qu'il est possible de se demander quel est l'impact de l'évolution du traitement fiscal du trust en France et quelle adaptabilité offre le système français face à cette très importante institution de droit anglo-saxon ?

Les solutions offertes par le système juridique français avant l'entrée en vigueur de la LFR pour 2011 étaient réduites. Seuls les articles 123 bis, 238 bis-0 I et 120-9 du CGI faisaient référence au trust. Le premier est relatif aux participations dans les structures étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié où il est question d'« institution comparable » à la fiducie ce qui est considéré comme incluant le trust. L'article 238 bis-0 I traite, quant à lui, de la question des transferts d'actifs hors de France dans un trust réalisé par des entreprises. Enfin l'article 120-9 comprend une référence express en traitant des « produits des trusts ».

Ainsi le gros du travail était laissé à la jurisprudence. Suivant l'idée fondatrice qu'est celle de la distinction entre le *legal ownership* et le *economical ownership*, la jurisprudence se faisait honneur de distinguer selon les formes de trusts pour apprécier les différentes modalités de leur imposition (I). Ce travail tout en nuances desservait cependant l'administration fiscale qui, devant la complexité du régime établi, ne pouvait taxer autant qu'elle l'entendait. De plus de nombreux arguments prêchaient en faveur d'une loi sur le trust.

Tout d'abord le manque d'une définition claire et précise se faisait cruellement sentir. C'était tout le travail des tribunaux, qui reposait uniquement sur leur propre analyse des situations et parfois, pour les plus consciencieux, sur des analyses de droit comparé. La nécessité d'une loi se véhiculait donc particulièrement au travers de l'argument d'un régime propre et arrêté, permettant une meilleure détermination de l'assiette des divers impôts et apportant une répartition claire du droit d'imposer entre les Etats avec, à la clé, une réelle sécurité juridique. De plus était également présente l'idée, louable pour l'Etat dans sa chasse perpétuelle à l'évasion fiscale, de tenter d'installer une législation allant sanctionner les trusts établis dans des paradis fiscaux.

La réalité fût toute autre. Dans la continuité de sa volonté d'éradiquer l'évasion fiscale, il est bien apparu au législateur que le temps était venu de se saisir du dossier. Mais l'Etat, percevant le trust comme un outil à un seul tiroir, celui de l'évasion fiscale, rédigea sa législation sur le trust au sein de la loi de finance rectificative pour 2011 avec un objectif apparent, faire prendre à tout trust ayant un lien avec la France un poids fiscal tel que le recours à l'instrument passa d'intelligent à absurde (II).

## **I. L'élaboration par le juge d'un régime fiscal opportun pour les trusts**

La doctrine fut la première à se pencher sur les questions relatives au traitement fiscal du trust. Elle a vite décelé les problématiques essentielles en la matière, à commencer par celle de l'application des règles de territorialités (A). A côté, se sont également vite dégagées des discussions à propos des deux principaux impôts concernant le trust, tout d'abord quant aux droits de mutations à titre gratuit (B), mais également à propos de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (C). La plupart de ces problématiques a appelé par la suite un traitement par les tribunaux qui ont alors édifié, décision par décision, le régime fiscal du trust en France.

### **A. L'incroyable casse-tête des règles de territorialité**

Les règles de territorialité disposées aux articles 885 A CGI pour l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) et 750 ter CGI pour les droits de mutation à titre gratuit ont amené de nombreux questionnements face à la situation souvent internationale des trusts. Pour être imposé en France, le trust doit nécessairement présenter un lien avec elle, dès lors cela peut se caractériser de plusieurs manières : un trust constitué par un résident fiscal français, pour le bénéfice d'un résident fiscal français, ou encore un trust comprenant des actifs situés en France (immeubles français ou parts dans des sociétés françaises).

Dans chacune de ces éventualités les impôts sont potentiellement exigibles, mais c'est lors de l'appréciation de cette potentialité que les choses se compliquent. Tout d'abord se pose l'évidente question de la date d'appréciation du critère de rattachement. Les droits de mutation étaient-ils dus si le constituant était résident fiscal français au moment de la constitution du trust ou bien lors de la cessation de celui-ci, lorsque la condition mettant fin au trust était réalisée (bien souvent le décès du constituant) ?

Cette question semblait, et semble toujours, devoir être étroitement liée au statut révocable ou irrévocable du trust. En effet, si le trust est révocable, est-il vraiment possible de considérer la date de constitution comme celle où les actifs sont transmis

alors qu'à tout moment le constituant pourrait reprendre possession des ces biens ? Un trust irrévocable, quant à lui, amènerait plutôt la réflexion inverse.

En cascade se posait alors la question du fait générateur de l'impôt et de sa date. En effet, pour l'ISF par exemple, quel fait pouvait faire considérer que le bien était dans le patrimoine du bénéficiaire ou était encore dans celui du constituant ? Pour les droits de mutation la question était encore plus frappante, quel acte pouvait faire considérer les droits comme exigibles, était-ce la mise en trust d'un bien, la décision de rendre ce trust irrévocable ou la transmission effective des biens ?

Toutes ces questions étaient autant d'obstacles à la détermination de l'application ou non des règles de territorialité françaises. Une fois une date fixée, il était en effet plus aisé de déterminer si l'un des trois critères de rattachement au sol français était réuni. La jurisprudence, appelée à se prononcer sur nombre de ces questions pour les deux impôts concernés, prit un chemin courageux, celui de la distinction selon la nature des trusts.

#### B. Le traitement approprié par le juge des droits de mutations à titre gratuit face au trust

Deux situations se sont clairement distinguées au sein de la doctrine puis de la jurisprudence, celle des trusts révocables et celle de trusts irrévocables.

Tel qu'expliqué les trusts révocables laissent la disposition des biens au constituant, ce qui fait de ceux-ci plus des outils de gestion du patrimoine que des instruments destinés à la planification de la succession, il n'est donc jamais sur, jusqu'à la cessation du trust, que l'actif finira bien dans le patrimoine des bénéficiaires du trust. La solution logique qui s'imposerait alors en la matière serait de rendre exigible les droits de mutation uniquement lorsqu'il y a réel transfert des actifs aux bénéficiaires et non lors de la constitution du trust, puisque ce dernier pourrait à tout moment disparaître et aucun transfert de biens ne pourrait avoir lieu.

Cette idée s'imposait sans peine en doctrine et lorsque la jurisprudence se retrouva face à la question elle suivit cette tendance logique. Ainsi dans l'arrêt Zieseniss du 20 février 1996<sup>6</sup> la Cour de Cassation prit la décision de donner effet à la mutation au moment de la cessation du trust, en l'espèce la mort de son constituant :

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

Par cela la Cour répondait également à une question portant débat au sein de la jurisprudence, à savoir si les trusts à cause de mort se qualifiaient de donation à part entière ou bien de simple disposition testamentaire.

Fiscalement cette décision eut donc d'importantes conséquences, permettant d'imposer au titre des droits de mutation à titre gratuit des trusts constitués par des non résidents fiscaux français à l'époque de la constitution du trust mais qui l'étaient devenus lors de leur mort ou de l'autre événement provoquant la cessation du trust ou l'avaient été pour au moins six ans dans les dix dernières années. A l'inverse, échappaient à la taxation les constituants, résidents fiscaux français lors de la constitution du trust, mais qui ne l'étaient plus lors de la cessation de ce dernier et ne l'avaient été pendant minimum six des dix dernières années.

Cette décision allait donc clairement dans le sens de l'administration fiscale sans pour autant apparaître critiquable sur son motif, il est évident qu'on ne peut être sûr de la consistance du contenu d'un trust révocable qu'au moment de sa cessation et non avant, ainsi taxer au nom des droits de mutation les actifs d'un trust révocable lors de sa constitution reviendrait à taxer une éventualité, l'éventualité que ce bien soit finalement transmis lors de la fin du trust.

---

<sup>6</sup> Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> ch.civ, 20 février 1996 Aff. Zieseniss, n° 423 P, JCP ed. G n° 22, 22647

La simple question du trust révocable réglée, demeurerait celle plus complexe du trust irrévocable. Par un raisonnement inverse il serait possible d'imaginer que dès lors qu'un trust est irrévocable, les bénéficiaires sont assurés d'entrer en possession des actifs du trust lors de sa cessation. A la seule constitution du trust serait alors caractérisé la prise de propriété des bénéficiaires, déclenchant l'exigibilité des droits de mutation à titre gratuit.

Cela serait se réduire à un raisonnement simple voire simpliste. En effet, la réalité du trust veut que la majorité des bénéficiaires n'ait pas connaissance de sa qualité avant la cessation des trusts et l'attribution effective des actifs. Le secret du trust est d'ailleurs un des éléments rendant l'instrument si attrayant auprès des anglo-saxons. Ainsi il semblerait difficile de taxer des bénéficiaires inconnus au titre des droits de mutation dès la constitution du trust et par mesure d'égalité il ne serait pas envisageable de taxer uniquement les bénéficiaires identifiés.

La situation est donc en demi-teinte. Le constituant est bien définitivement dessaisi de ses biens dès la décision de rendre le trust irrévocable, mais il n'est pas possible de considérer les bénéficiaires comme réels propriétaires de l'actif du trust jusqu'à sa cessation. La propriété légale des biens est en effet à l'administrateur, mais alors, pourquoi ne pas imposer ce dernier au titre des droits de mutation lors de la constitution du trust ? Une telle idée aurait de plus le bénéfice de coller au principe de la propriété apparente à laquelle le juge trouvait souvent recours dans son analyse du trust.

Bien que l'idée ait pu paraître très alléchante pour l'administration, cela semblait sous tous rapports inenvisageable. En effet, la propriété du trustee est imparfaite, bien qu'une marge de manœuvre peut lui avoir été laissée, dans le cas d'un trust irrévocable, il n'est en charge que de la propriété légale du bien et non de celle économique. Ainsi il n'est pas possible de considérer que le constituant ait accordé à l'administrateur une quelconque libéralité.

Restait une solution, celle de la taxation au titre des droits de mutation à titre gratuit au moment de la cessation du trust. Et ce fut la voie que choisit l'administration lorsqu'elle fut confrontée à la question.

L'affaire mettait en scène Régis X qui avait constitué un trust à cause de mort, d'abord révocable puis devenu irrévocable par conclusion d'un avenant en 1950. Lors de sa mort en 1995 ses trois filles, bénéficiaires du trust, furent informées que l'administration entendait rapporter le capital du trust à la succession et imposer ce dernier au titre des droits de mutation à titre gratuit. Les filles s'y opposèrent en arguant que le transfert de propriété des actifs contenus dans le trust avait eu lieu lors de la décision de rendre le trust irrévocable et que, cela étant intervenu il y a près de cinquante ans, la prescription en la matière jouait pleinement.

La Cour d'Appel donna raison à l'administration fiscale et sa décision fut confirmée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 15 mai 2007<sup>7</sup> :

*« qu'après avoir relevé que le constituant du trust s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le trustee pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété à la clôture du trust provoquée par son décès, la cour d'appel en a déduit, à bon droit [...] qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust ».*

Le juge rejeta ainsi définitivement la théorie selon laquelle les bénéficiaires d'un trust irrévocable devraient être taxés au moment de la constitution de celui-ci et affirma clairement que la date d'exigibilité des droits de mutation se situait donc bien au moment de la cessation du trust.

Là encore, l'administration fiscale trouvait son compte dans cette solution car elle lui permettait, une fois de plus, de taxer des actifs de trusts au titre des droits de mutation, des biens qui, s'ils avaient été transmis par la voie classique de la donation au moment

---

<sup>7</sup> Cour de Cassation, ch. com., 15 mai 2007 n° 739

de la création du trust irrévocable, ne l'auraient peut-être pas été. L'administration bénéficiait ainsi d'une « seconde chance » d'imposer le trust. Cet état du droit plutôt favorable à l'administration fiscale ne trouvait cependant pas son reflet dans la jurisprudence sur le trust en matière d'ISF.

### C. Le traitement de l'impôt de solidarité sur la fortune par le juge, bête noire de l'administration fiscale

C'est en matière d'ISF que le trust pouvait, avant la loi de finance rectificative pour 2011, offrir de belles possibilités d'optimisation fiscale. Tout comme pour les droits de mutation à titre gratuit aucune disposition législative ne réglementait la position du trust vis-à-vis de l'ISF. Il revenait donc aux juges de déterminer ce régime.

La question prééminente en matière d'ISF est celle de savoir à quel patrimoine se rattachent les actifs contenus dans le trust. En effet, comme expliqué, la situation de ces actifs dépend tout d'abord de la nature du trust. Ils peuvent en fonction être considérés encore part entière du patrimoine du constituant (trust révocable), ou se trouver dans un état où la propriété est divisée entre l'administrateur et les bénéficiaires du trust (trust irrévocable). Existe également la situation intermédiaire où les actifs, bien que ne pouvant plus être considérés comme faisant partie du patrimoine du constituant, ne peuvent non plus être traités comme appartenant au patrimoine des bénéficiaires. Cela fait référence au cas d'un trust irrévocable et discrétionnaire où l'actif mis en trust n'est pas expressément réparti par le constituant, laissant une grande liberté à l'administrateur.

La jurisprudence eut l'occasion d'être confrontée et donc de répondre à ces trois situations. La plus simple appela l'unanimité des juges et de la doctrine, il s'agissait de la situation d'un trust révocable. Les actifs du trust étant encore entièrement à disposition du constituant il semblait évident que ceux-ci soient rattachés au patrimoine de ce dernier et soient donc pris en compte pour la détermination de son ISF. C'est ce

que décida la chambre commerciale de la Cour de Cassation dans un arrêt du 31 mars 2009<sup>8</sup>.

La Cour en effet jugea que, dès lors que le trust était révocable et constitué de telle façon que le constituant conservait « un droit de jouissance et de disposition sur les biens objets du trust » ce dernier n'était pas réellement dessaisi de ces biens.

Cette solution n'appela pas de critique particulière, répondant parfaitement à la logique du trust dans toutes ses nuances. Cependant le traitement des autres formes de trusts provoqua plus de débats.

En effet, concernant le trust irrévocable la question apparaissait encore une fois plus complexe. Taxer le constituant sur les biens placés en trust semblait aller à l'encontre du principe même du trust irrévocable. Le constituant aurait alors été taxé sur des biens sur lesquels il n'avait plus aucune emprise et dont il ne pouvait plus retirer aucun avantage. La solution qui aurait consisté à taxer l'administrateur des biens paraissait encore plus absurde et ne fut d'ailleurs même pas envisagée. Restaient donc les bénéficiaires. L'administration fiscale se prononça clairement en faveur d'une taxation des biens compris dans le trust sur le patrimoine des bénéficiaires et ce, dès la constitution d'un trust irrévocable. A l'opposé la majorité de la doctrine rejetait cette idée, se basant toujours sur les mêmes idées : les biens ne font réellement partie du patrimoine des bénéficiaires que lors de l'extinction du trust mais surtout, de manière très pragmatique, les bénéficiaires d'un trust ne sont souvent pas connus ou ne peuvent savoir quelle part de l'actif leur reviendra lors de la cessation du trust, il est d'ailleurs très possible que cette part ne soit même pas déterminée en cas de présence d'un trust discrétionnaire.

Face à ce débat, la jurisprudence fut appelée à juger une affaire qui permit d'éclaircir la situation. Il était question d'un trust irrévocable et discrétionnaire. L'administration fiscale entendait inclure dans le patrimoine taxable à l'ISF du bénéficiaire les biens contenus dans le trust. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre se positionna en faveur du bénéficiaire expliquant que :

---

<sup>8</sup> Cour de Cassation, ch. com., 31 mars 2009 n° 07-20219

*« La perception de revenus provenant de deux « trusts » de droit américain ne suffit pas à faire peser sur le bénéficiaire une quelconque présomption de propriété sur des valeurs mobilières, dès lors que l'administration n'apporte aucun élément sur la consistance des actifs sous-jacents auxdits trusts. [...] Le contribuable ne peut donc être assujéti à l'impôt de solidarité sur la fortune en raison de sa qualité de bénéficiaire des trusts américains litigieux. »<sup>9</sup>*

Cette jurisprudence était largement favorable à tous les acteurs du trust, et par la même fortement défavorable à l'administration fiscale. En effet, dans la situation d'un trust irrévocable et discrétionnaire il n'était donc pas possible d'imposer les biens objets du trust au titre de l'ISF que ce soit dans le patrimoine du bénéficiaire ou celui du constituant, et ainsi ces biens étaient totalement affranchis d'ISF.

Cette situation permettait donc une réelle optimisation fiscale et de nombreux contribuables s'engouffrèrent dans cette brèche. Par cette solution les constituants échappaient à l'impôt mais pouvaient, par le biais d'une rédaction habile du *trust deed*, tout de même garder une liberté certaine sur la gestion de l'actif mis en trust. Les bénéficiaires n'étaient pas en reste, car pouvant bénéficier de revenus provenant du trust, tant que ce dernier restait discrétionnaire. Il était dès lors impossible à l'administration fiscale de déterminer la réalité des droits que les bénéficiaires avaient sur ces biens et ceux-ci ne pouvaient rentrer dans leur patrimoine taxable à l'ISF. Cette lacune du droit, provoquant des dérives, fut d'ailleurs mise en avant par rapport Migaud Carrez sur les paradis fiscaux<sup>10</sup>.

Cette situation fortement préjudiciable à l'administration fiscale fut clairement l'une des raisons qui poussa l'Etat à réglementer le régime fiscal. Malgré un travail créateur honorable de la jurisprudence, la rédaction d'une loi se justifiait pleinement en ce que la complexité du régime provoquait une réelle insécurité juridique pour les contribuables.

---

<sup>9</sup> TGI Nanterre 4 mai 2004 n° 03-9350, 2e ch., Poillot : RJF 11/04 n° 1201

<sup>10</sup> Rapport d'information sur les paradis fiscaux remis le 10 septembre 2009 par MM. Didier MIGAUD et Gilles CARREZ.

La nécessité d'une définition claire du trust en droit français et d'un régime fiscal nettement délimité se faisait réellement ressentir. Cependant nombreux étaient ceux craignant, à juste raison, que l'arrivée d'une loi réglementant le trust en France ne détruise tout son intérêt d'instrument fiscalement favorable.

## **II. L'arrivée tant attendue de la Loi de Finance Rectificative pour 2011, un résultat plus que mitigé**

Avec la LFR du 29 juillet 2011, le régime fiscal du trust en France se trouve entièrement remodelé. Une définition du trust apparaît enfin dans la loi française et le régime des droits de mutation à titre gratuit ainsi que celui de l'ISF sont clairement posés. Cependant la déception est grande, en effet nombre de points appellent la critique.

La principale concerne sans aucun doute le côté lacunaire de la loi. Celle-ci se contente de précisions générales, imposant de nouvelles obligations et un nouveau régime aux contribuables sans leur permettre d'appliquer, voir même de comprendre ces nouvelles dispositions. La loi faisait, comme à son habitude, référence à un décret à paraître qui aurait pour rôle de combler ces lacunes importantes. Cependant ce décret se fit longuement attendre. L'administration fiscale eut d'abord le temps de réagir, elle publia le 23 décembre 2011 un rescrit fiscal concernant les nouvelles obligations déclaratives issues de la LFR pour 2011. Son utilisation du rescrit est fortement contestable, celui-ci étant destiné à être utilisé au bénéfice du contribuable et non à son détriment, mais surtout il n'est pas appelé à être utilisé pour inaugurer le commentaire d'une loi. Cependant l'absence du décret d'application commençant à se faire sentir, l'effort de l'administration fiscale restait moins critiquable que le silence du législateur.

Le décret d'application de la LFR pour 2011 finit par être publié au Journal Officiel le 15 septembre dernier<sup>11</sup>, soit une quinzaine de jours avant la date limite imposée par la

---

<sup>11</sup> Décret n° 2012-1050 du 14 septembre 2012 relatif aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts

loi pour remplir les nouvelles obligations déclaratives. Les commentaires de l'administration fiscale quant à eux n'ont pas tardé à suivre, ceux y ayant été publiés le 16 octobre 2012.

Ces deux textes ont apporté des précisions très utiles sur les différents domaines abordés par la LFR pour 2011, que ce soit à propos du traitement de l'instrument qu'est le trust de manière générale (A), mais également et plus spécifiquement à propos des deux impôts que sont les droits de mutation à titre gratuit et l'ISF (B).

#### A. La tentative d'encadrement du trust, ou la multiplication des interrogations

La LFR pour 2011, le décret d'application et les commentaires de l'administration fiscale tentent de préciser le contour du trust en droit français ainsi que le traitement juridique auquel il se retrouve soumis à compter de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions. Cela peut se voir au travers de trois points qui prêtent à réflexion : une nouvelle définition du trust aux contours flous (1), les toutes nouvelles obligations déclaratives imposées à l'administrateur (2) et enfin la difficile question de l'application des conventions internationales (3).

##### 1. La définition du trust en droit fiscal français, un travail inachevé

Ainsi l'Etat a tout d'abord entendu tracer le périmètre des institutions soumises au nouveau régime fiscal mis en place par ses soins. Par l'article 792-0 bis I du CGI est à présent défini ce qui est entendu par trust au sein du système fiscal français. À ne pas se méprendre, cette définition ne crée pas de trust en France, cette définition, tel que précisé, ne trouve application que pour le traitement fiscal de l'instrument.

La doctrine, suite à la LFR pour 2011, s'est longuement interrogée sur le périmètre que traçait le législateur. En effet, la définition donnée, tel qu'exposée plus haut, reprenait la définition offerte par la convention de La Haye mais avec moins de précisions, se contentant de termes larges et imprécis. Ainsi il n'était pas possible de savoir si les mécanismes voisins du trust, mais ne répondant à cette dénomination, devaient suivre le nouveau régime fiscal.

Les commentaires de l'administration ont apporté en la matière des précisions essentielles en indiquant notamment quels trusts sont exclus de la définition présente à l'article 792-0 bis I. Ne sont ainsi pas soumis au régime mis en place les trusts constitués par une entreprise ou un groupe d'entreprises pour son propre compte répondant à la définition des OPCVM de la directive de la commission européenne du 13 juillet 2009<sup>12</sup>, mais également les trusts dont le constituant ne répond à la définition de celui-ci donnée par le CGI<sup>13</sup>. L'administration exclut également, à juste titre, les trusts constitués par des employés afin de gérer leurs droits à pension. Elle s'évite ainsi d'atteindre de nombreux trusts américains ou britanniques, ces derniers ayant pour habitude de gérer leurs régimes de retraite par le biais de trusts.

Cependant, au-delà de ces précisions sur les trusts exclus, des incertitudes persistent quand à l'étendue des institutions soumises au nouveau régime fiscale. La principale concerne les concepts voisins du trust et notamment la fondation comme par exemple les *Stiftung*, fondation du Liechtenstein, permettant les mêmes résultats d'optimisation fiscale que le trust. La loi et l'administration pêchent donc par leur manque de clarté, fut il motivé par la peur ou par l'ignorance.

## 2. Les nouvelles obligations déclaratives de l'administrateur, obstacle considérable au mécanisme du trust

La LFR pour 2011 met en place un système d'identification des trusts par le biais de deux déclarations. En premier l'article 1649 AB alinéa 1 du CGI prévoit une déclaration dite « évènementielle » c'est-à-dire à pratiquer dès lors qu'un évènement affecte le trust. Ainsi est mise à la charge de l'administrateur l'obligation de déclarer la constitution, la modification, l'extinction et le contenu des termes du trust. Cette déclaration connaît un

---

<sup>12</sup> Directive 2009/65/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)

<sup>13</sup> Article 792-0 bis CGI : « on entend par constituant du trust soit la personne physique qui l'a constitué, soit, lorsqu'il a été constitué par une personne physique agissant à titre professionnel ou par une personne morale, la personne physique qui y a placé des biens et droits. »

champ d'application large, en effet elle englobe tous les biens contenus dans le trust entrant dans le champ d'application du nouveau prélèvement sui generis ce qui correspond, comme il sera exposé plus loin, à tous les biens taxables au titre de l'ISF, augmentés de ceux exonérés au titre de cet impôt.

Le spectre de trusts soumis à cette obligation est également large. En effet, les administrateurs sont tenus de soumettre cette déclaration dès lors que le constituant ou au moins l'un des bénéficiaires est résident fiscal français mais également si l'un des biens ou droits compris dans le trust est situé en France.

La seconde obligation concerne la valeur vénale des biens et droits contenus dans le trust. Ainsi l'article 1649 AB alinéa 2 du CGI prévoit une déclaration annuelle concernant les trusts compris dans le même périmètre que celui de l'obligation « évènementielle ». L'administrateur a donc l'obligation de déclarer la valeur vénale au 1<sup>er</sup> janvier, des biens et droits mis en trust et cela avant le 15 juin de chaque année. Cette déclaration a pour objectif de déterminer les actifs taxables au titre de l'ISF.

Cette date limite de déclaration correspond bien à la situation des résidents fiscaux français, car l'administrateur peut ainsi vérifier si le constituant, devant déclarer lui-même les biens au titre de son patrimoine taxable à l'ISF, a effectué sa déclaration en conformité avec ce que lui-même a communiqué à l'administration fiscale. Cependant cette date pose de sérieux problèmes vis-à-vis des non résidents. En effet à la date du 15 juin, ceux-ci ne sont pas censés avoir remis leur déclaration d'ISF<sup>14</sup>. L'administrateur se retrouve donc obligé de déclarer l'actif et sa valeur sans avoir pour repère ce que le contribuable, lui, déclare, ou non, à l'administration fiscale. Cette dernière, ayant conscience du problème, a donc eu la responsable réaction de reculer la date limite de la déclaration annuelle concernant les trusts avec un constituant non résident au 31 août de chaque année.

La loi prévoit de lourdes sanctions en cas de manquement à ces obligations. En effet, le défaut de déclaration est sanctionné d'une amende d'un montant de 10 000 € ou 5% de

---

<sup>14</sup> Pour l'exemple les dates limites au titre de l'année 2013 sont le 15 juillet pour les résidents fiscaux d'un Etat européen et le 2 septembre pour le reste du monde.

la valeur de l'intégralité de l'actif placé en trust (et non simplement la partie de celui-ci située en France)<sup>15</sup>. Cette sanction est à la charge de l'administrateur, cependant les constituants sont solidairement responsables de son paiement. Cette dernière disposition semble critiquable en ce que le constituant n'a pas toujours la capacité d'influer sur l'action de l'administrateur. Il peut donc se retrouver à supporter la charge de la défaillance de ce dernier sans avoir aucun moyen de l'éviter.

Mais ces obligations de déclaration posent un problème bien plus sérieux, celui de la destruction du secret du trust. Comme expliqué, le trust est un mécanisme dont le succès relève en grande partie de sa capacité à respecter la volonté de discrétion des constituants. Ainsi les trusts sont souvent construits dans l'optique d'un réel secret autour des actifs compris dans le trust mais également de ses bénéficiaires qui se motivent par les enjeux financiers que les trusts représentent souvent. En obligeant les administrateurs de trusts à déclarer à l'administration fiscale la substance du trust ainsi que ses bénéficiaires, ce secret est entièrement brisé. Certes les informations restent aux mains de l'administration, mais cette brèche peut largement suffire à éveiller les craintes des constituants. Ceux-ci peuvent donc être tentés, du fait de ces obligations, à couper tout lien entre leur trust et la France, ce qui pourrait entraîner un certain désinvestissement dans le patrimoine français.

De plus ces obligations mettent l'administrateur dans une position délicate. En effet celui-ci risque de voir s'affronter sa responsabilité professionnelle et son devoir de respecter la loi française. Leur situation devient donc complexe et reste à savoir quelle position ceux-ci entendent adopter face à ces dispositions ? Une réponse qui ne pourra être apportée que par la pratique.

---

<sup>15</sup> Article 1736 IV CGI

### 3. La question complexe de l'applicabilité des conventions fiscales internationales ou la problématique de la double imposition

Une dernière question majeure s'est posée à propos de l'application du nouveau régime fiscal du trust, celle de l'applicabilité des conventions fiscales signées entre la France et d'autres Etats. Les situations qu'entraîne le trust présentent nécessairement un caractère international dès lors que celui-ci est imposable en France de quelque manière que ce soit. Il existe donc un fort risque que le contribuable se retrouve en situation de double imposition et c'est alors que peuvent intervenir les conventions fiscales.

Très peu de conventions fiscales comprennent une référence expresse au trust. Il y a bien la convention fiscale franco-canadienne du 2 mai 1975 ainsi que celle franco-américaine du 31 août 1994, mais le régime fiscal du trust ne se trouve pas traité au sein de la plupart des conventions fiscales.

La LFR pour 2011 laissait subsister de nombreuses incertitudes en la matière, ne faisant pas référence à la question. Se posaient alors de nombreuses questions, depuis l'applicabilité de ces conventions en présence de trusts jusqu'au facteur de rattachement pour déterminer la convention applicable.

Le décret du 14 septembre 2012 ainsi que les commentaires de l'administration fiscale du 16 octobre 2012 sont bien heureusement venus préciser cette question primordiale. Cette dernière a ainsi confirmé l'intuition générale selon laquelle les conventions fiscales trouvent à s'appliquer, en expliquant que celles-ci, s'appliquant en matière de donation ou de succession et que le traitement du trust se fait selon le principe de transparence, les dispositions correspondantes trouvent donc à s'appliquer dans les conditions du droit commun.

Cette précision est la bienvenue et, même si le raisonnement par le recours au principe de transparence est critiquable, celui-ci permet ici un très bon respect des principes justificatifs des conventions fiscales. Cependant l'administration s'aventure plus loin en précisant que dans la situation où une personne est imposable au titre des mêmes biens

par plus d'un Etat et dans le cas où la France est l'Etat de résidence, l'impôt acquitté à l'étranger est imputable sur l'impôt français dans la limite de l'impôt dû en France seulement si le contribuable peut justifier d'un paiement effectif de l'impôt, c'est-à-dire un crédit d'impôt réel. L'administration ici va trop loin, en effet elle décrète qu'en cas de double imposition la méthode de neutralisation de celle-ci sera selon une méthode qu'elle définit elle-même. Cela revient à dire que si l'on détermine qu'il y a application de la convention fiscale internationale, il faut ensuite suivre un régime imposé par le droit interne et non celui prescrit par la convention au titre de la neutralisation de la double imposition. Le commentaire de l'administration est donc totalement contraire aux principes directeurs du droit en France, particulièrement celui de supériorité des conventions internationales sur la loi et bien évidemment sur la doctrine administrative.

Il apparaît ainsi évident que les contribuables ne devraient en aucun cas suivre les commentaires de l'administration fiscale sur ce point et, en cas d'applicabilité de la convention fiscale, se référer aux dispositions que cette dernière prévoit pour la neutralisation de la double imposition en cas de donation ou succession, que cette solution soit un crédit d'impôt réel mais également si la convention prescrit un crédit d'impôt simple ou encore une application du mécanisme du taux effectif.

En marge existe également une autre lacune de l'état actuel du droit. En effet, la double imposition peut être neutralisée selon les règles prévues par la convention fiscale et celle-ci prévoira bien souvent un crédit d'impôt réel pour cela. Cependant rien n'est précisé, ni dans le décret d'application, ni dans la doctrine administrative, quant à la situation où l'impôt à l'étranger, bien qu'exigible, n'a pas encore été réglé. Y aurait-il une possibilité de report de la neutralisation de la double imposition sur la prochaine imposition, un remboursement d'impôt ou tout simplement une perte du bénéfice de l'application de la convention fiscale (cette solution semblant difficile à justifier pour l'administration) ? Cette question risque de se poser assez régulièrement dans les cas de contribuables non résidents.

Ces trois nouveautés appellent donc de nombreux questionnements, ce qui peut provoquer la crainte de chacun, celles-ci n'étant somme toute que le cadre d'un dispositif fiscal qui apparait encore plus délicat.

B. Le nouveau régime d'imposition du trust, la fin de l'utilité fiscale du mécanisme

La LFR pour 2011 réorganise le régime fiscal du trust en profondeur. Toute la réforme est sous-tendue par un principe simple, celui de l'absence de différenciation des trusts. Ainsi la loi ne fait aucune distinction entre les trusts simples ou discrétionnaires ou bien entre ceux révocables ou irrévocables. Le législateur a pris le parti de traiter le mécanisme du trust comme un outil simple et sans relief, à l'opposé de la réalité de celui-ci.

Ce parti pris le discrédite, il affiche ainsi clairement une indifférence envers l'institution qu'est le trust, ne trouvant qu'une seule motivation derrière cette nouvelle réglementation, celle de taxer le trust de manière à réduire à néant le moindre petit avantage fiscal que le mécanisme aurait pu apporter.

Le législateur a, dans ce but, redessiné le contour de l'application des droits de mutation à titre gratuit au trust, créant ainsi un nouveau régime bien moins adapté que celui qu'avaient mis en place le juges (1). Il s'est bien évidemment aussi attelé à redéfinir le traitement du trust vis-à-vis de l'ISF, ce qui apparait plus justifié (2).

1. Les droits de mutation à titre gratuit face au trust, un régime bien mal construit

Bien que le législateur n'opère pas de distinction entre les différents types de trust, plusieurs situations sont tout de même envisagées. La loi crée un nouveau fait générateur, le décès du constituant. Les droits de mutation à titre gratuit sont alors applicables lors de la transmission des biens, même si la qualification de donation ou succession ne s'applique pas en l'espèce.

La loi met ainsi en place une fiction fiscale, selon laquelle l'actif du trust est transmis dès le décès du constituant, même si ce décès n'est pas l'évènement emportant cessation du trust. Cette fiction, bien qu'accommodante, ne rend aucunement compte de la réalité du trust. Le régime créé, codifié à l'article 792-0 bis II du CGI, se décompose de la façon suivante :

*« 1. La transmission par donation ou succession de biens ou droits placés dans un trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés est, pour la valeur vénale nette des biens, droits ou produits concernés à la date de la transmission, soumise aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et le bénéficiaire.*

*2. 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 sont transmis aux bénéficiaires au décès du constituant sans être intégrés à sa succession ou qui restent dans le trust après le décès du constituant sont soumis aux droits de mutation par décès dans les conditions suivantes :*

*a) Si, à la date du décès, la part des biens, droits ou produits capitalisés qui est due à un bénéficiaire est déterminée, cette part est soumise aux droits de mutation par décès selon le lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire ;*

*b) Si, à la date du décès, une part déterminée des biens, droits ou produits capitalisés est due globalement à des descendants du constituant, cette part est soumise à des droits de mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau I de l'article 777 [soit 45%] ;*

*c) La valeur des biens, droits ou produits capitalisés placés dans le trust, nette des parts mentionnées aux a et b du présent 2, est soumise à des droits de*

*mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau III du même article 777 » [soit 60%].*

La détermination du taux de taxation des droits de mutation se fait donc en premier lieu en fonction de la répartition de l'actif faite, ou non, au sein du *trust deed*. Selon que la répartition ait été opérée de manière précise, avec affectation de chaque part de l'actif du trust à un bénéficiaire déterminé, ou de façon bien plus générale, le taux de taxation peut alors osciller entre de 5%<sup>16</sup> et 60%. Le poids de l'impôt qui pèse sur le trust est donc non négligeable ; sans parler de spoliation, cet impôt peut être clairement dissuasif pour les constituants. Ceux-ci, s'ils ne sont pas résidents fiscaux français, vont peut-être alors chercher à se défaire des actifs français, afin de ne pas subir cette taxation ou ne prendront la décision de les inclure au sein de leur trust, alors qu'ils étaient enclins à le faire pour des raisons toutes autres. Ainsi ce nouveau régime risque de pousser à un délaissement du patrimoine français, ce qui ne peut avoir d'effets positifs.

Un cas particulier existe au-delà du régime général de l'article 792-0 bis II, celui où l'administrateur du trust est soumis à la loi d'un Etat et Territoire Non Coopératif (ETNC)<sup>17</sup>. Le taux de taxation au titre des droits de mutation est alors de 60%. Il en est de même pour les trusts constitué après le 11 mai 2011 alors que le constituant était fiscalement domicilié en France lors de la constitution du trust.

Cette dernière exception est contestable et surtout ne trouve aucune justification autre que celle de la peur irrationnelle du législateur français de l'évasion fiscale via le trust. En effet cette exception empêchera chaque résident fiscal français de créer un trust, une imposition de 60% étant clairement au-dessus de ce dont ils pourraient bénéficier par le biais d'une simple donation ou succession, tout du moins lorsque les bénéficiaires sont liés au constituant par des liens de parenté. Cette disposition, contrairement à ce que le législateur a pu penser, ne semble pas aller dans le sens des intérêts français. Une taxation en demi-teinte pour le cas d'un trust avec un constituant résident fiscal français

---

<sup>16</sup> Dans le cas d'une ligne directe avec un montant transmis inférieur à 8 072 €

<sup>17</sup> ETNC tel que défini à l'article 238-0 A du CGI

aurait été préférable, taxer étant certes nécessaire mais à un tel niveau le seul réel effet est un effet dissuasif.

Ces dispositions amènent une autre problématique : en cas de décès du constituant, les droits de mutation sont dus même si les actifs ne sont pas réellement sortis du trust. Les droits sont en effet à présent exigibles lors du décès du constituant et non lors du transfert effectif de l'entière propriété des biens et produits. Cette situation est fortement contestable au regard des principes directeurs des droits de mutation à titre gratuit, ceux-ci ayant pour but de taxer le transfert effectif de la propriété d'un actif d'une personne à un autre, ce nouveau propriétaire devenant le nouveau attributaire des bénéfices de l'actif. Par cette mesure l'administration fiscale va donc taxer une éventualité, celle selon laquelle les biens devraient revenir à terme aux bénéficiaires du trust, bien que ceux-ci ne soient pas encore en possession desdits biens. Mais cependant il est possible que ces biens ne reviennent jamais à ses bénéficiaires. Il est par exemple possible qu'un bénéficiaire décède avant la cessation du trust et ce sera donc ses héritiers qui finiront par recevoir la part d'actif du trust lui étant attribuée. Cette part faisant partie de sa succession, elle sera de nouveau soumise aux droits de mutation à titre gratuit. Dans cette situation, les droits de mutation auront donc été payés deux fois, alors qu'un seul des payeurs aura réellement eu la disposition des biens.

L'administration fiscale appuie cette solution, considérant que :

*« S'il n'y a pas identité parfaite entre les attributaires des droits ou biens sortis du trust et les bénéficiaires identifiés lors de la dernière transmission ou si la répartition des droits ou biens sortis du trust diffère de celle opérée lors de la dernière transmission, une taxation aux droits de donation sera effectuée en considérant que le premier bénéficiaire a consenti une donation au profit du nouvel attributaire de ces droits ou biens. »<sup>18</sup>*

Cette solution semble fortement inadaptée. Il aurait été préférable, dans le cas où le bénéficiaire désigné par le trust et ayant acquitté des droits de mutation n'a jamais eu à

---

<sup>18</sup> BOI-ENR-DMTG-30-20121016 n°160

son entière disposition les actifs du trust lui étant destinés, de prévoir un mécanisme de compensation. Les droits de mutation payés par les héritiers auraient pu être calculés en déduction de ceux payés par le bénéficiaire original dont ils ont hérité.

Une autre précision s'impose, quant au scope de l'actif soumis aux droits de mutation. La présomption de propriété de l'article 752 du CGI est étendue selon les termes suivants, aux :

*« biens ou droits placés dans un trust défini à l'article 792-0 bis, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété ou a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès. »*

Ainsi les biens, produits et autres actifs présents dans le trust un an avant le décès du constituant sont considérés faire partie de sa succession et sont ainsi soumis aux droits de mutation à titre gratuit. Toute preuve contraire peut être apportée. Cette extension apparaît justifiée, toujours dans l'idée de limiter l'évasion fiscale. Il ne faudrait pas que le constituant converse les biens dans le trust jusqu'au dernier moment où il décide de les retirer pour justement échapper aux droits de mutation.

Enfin, dernier point discutable dans le nouveau régime mis en place par le législateur, la question des redevables des droits de mutation. Le législateur a mis en place un système propre pour la détermination de la personne devant acquitter l'impôt. Si des parts sont déterminées avec affectation à des bénéficiaires eux aussi déterminés ; l'impôt est directement acquittable par ces bénéficiaires. Eux seuls ont la responsabilité de payer ces impôts. A l'inverse, s'il n'y a pas détermination des parts d'actif et des bénéficiaires, c'est à l'administrateur que revient le rôle d'acquitter les droits de mutation. Cependant il est prévu un palliatif au cas où l'administrateur ne règle pas les droits dus. En effet, selon la doctrine administrative :

*« Dans l'hypothèse d'une transmission d'une part globale à des bénéficiaires descendants ou d'une taxation du solde de l'actif du trust au taux de la dernière*

*tranche du tableau III de l'article 777 du CGI , en cas de défaut de paiement des droits par l'administrateur du trust, lorsque celui-ci relève d'un Etat ou d'un territoire non coopératif en matière fiscale ou n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance mutuelle au recouvrement, il est prévu que les bénéficiaires, qu'ils soient ou non résidents de France, sont solidairement responsables pour le paiement des droits. »<sup>19</sup>*

Ainsi le poids de l'impôt retombe dans ces cas sur les épaules des bénéficiaires. Cette solution qui, au premier abord semble adéquate, promet de se retrouver face à de nombreuses difficultés. En premier, la responsabilité peut ainsi retomber sur des personnes n'ayant pas même connaissance de leur statut de bénéficiaire. Ainsi ceux-ci se retrouvent à payer un impôt sur un patrimoine dont ils n'ont pas connaissance et ne pourraient ne jamais en être bénéficiaire. Effectivement il s'agit de cas où la répartition est discrétionnaire et non totalement déterminée par le *trust deed* : comment l'administration entend-elle mettre en place une taxation justement répartie dans un cas où ladite répartition n'existe pas encore ? En effet, la responsabilité quant au paiement de l'impôt est solidaire, il est donc possible que la répartition des biens soit toute autre que celle de l'impôt. Que se passe-t-il ensuite lors de la réelle distribution de l'actif ? Imaginons qu'un bénéficiaire ait dû acquitter l'intégralité des droits de mutation, puis lors de la cessation ultérieure du trust, que celui-ci ne reçoit qu'une partie de l'actif, le reste revenant à des bénéficiaires n'ayant pas participé au paiement des droits de mutation lors du décès du constituant. Va-t-il être considéré qu'il s'agit là d'une nouvelle mutation et donc que celle-ci donne lieu à paiement de nouveaux droits de mutation ?

Comme exposé plus haut, il semblerait que cette solution s'impose, mais là encore il s'agit d'une double taxation au titre des droits de mutation, alors qu'une seule mutation a réellement eu lieu. Cette solution est donc encore plus contestable dans un tel cas. Il aurait été préférable de prévoir, un paiement des droits de mutation lors de la cessation du trust et donc de la répartition de l'actif, quitte à se référer à la situation et valeur des actifs lors du décès du constituant. Il s'agirait donc de taxer en différé, ce qui

---

<sup>19</sup> BOI-ENR-DMTG-30-20121016 n°220

permettrait une répartition de l'actif taxable et donc une charge fiscale mieux agencée. Une application d'une telle solution directement, au lieu de passer par le paiement par l'administrateur du trust, rendrait mieux compte de la réalité et aurait pour honneur de refléter correctement le mécanisme du trust.

Cette réforme des droits de mutation liés au trust semble donc fortement mal adaptée. Bien que le régime jurisprudentiel précédent connaissait de sérieuses lacunes, celui-ci apparaissaient bien plus dans la ligne logique de la mécanique du trust, tout en permettant une juste taxation au titre des droits de mutation à titre gratuit. Il n'était pas possible d'en dire autant quant au régime mis en place par le juge pour l'ISF. Le nouveau régime, bien qu'également critiquable, apparaît plus en balance entre les intérêts des contribuables et ceux de l'administration fiscale.

## 2. L'imposition du trust au titre de l'impôt sur la fortune, un travail nécessaire mais inadéquat

Le régime mis en place par le législateur quant au trust face à l'ISF a pour but de combler la lacune principale du précédent régime, entièrement déterminé par le juge, qui consistait en ce que dans le cas d'un trust irrévocable, les biens et produits du trust échappaient intégralement à toute taxation au titre de l'ISF. Une telle intervention était bien nécessaire, le vide fiscal que le régime créait pouvait en effet mener à une certaine évasion fiscale en toute légalité. La réforme de la LFR pour 2011 permet de taxer les biens quelle que soit leur situation à partir du moment où un critère de rattachement au territoire français existe. Cependant cette réforme n'est pas dépourvue de faiblesses, la plupart résultant encore une fois de la non prise en compte de la nature des trusts. Encore une fois le législateur prend le parti de ne pas différencier les trusts révocables et irrévocables, ce qui pousse, une fois de plus, son régime à être incohérent face à la mécanique de l'instrument anglo-saxon.

Le régime actuel est codifié à l'article 885 G ter du CGI :

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

Il apparaît ainsi que le redevable de l'impôt est uniquement le constituant, ou le bénéficiaire réputé constituant ce qui se réfère à la situation où le constituant initial est décédé mais le trust n'a pas encore été dissout, le décès du constituant n'étant pas le fait générateur de la cessation du trust. Il y a ainsi création d'un concept original par le législateur, celui de constituant fiscal. En effet, face au droit commun, le constituant du trust reste toujours celui qui a mis en place le *trust deed*, il n'y a qu'en droit fiscal où le titre de constituant va pouvoir s'appliquer à une autre personne. Par ce texte le législateur pose également une sorte de présomption irréfragable de propriété envers le constituant ou les bénéficiaires réputés constituants. Cela montre bien la limite du régime français, il est en réalité fort possible que le constituant n'est plus aucun pouvoir sur l'actif du trust, dans le cas d'un trust irrévocable. Celui-ci se retrouve donc taxé sur des biens sur lesquels il n'a plus aucune prise et dont il ne bénéficie pas des effets, cette situation apparaît dès lors absurde.

Un autre problème est apparu lors de la publication du texte de loi. Dans le cas où le constituant est mort et les bénéficiaires sont alors réputés constituants, ces derniers se retrouvent donc à être taxés à l'ISF sur les biens et produits présents dans le trust. Mais la question se pose dans le cas d'un trust discrétionnaire de la façon dont l'actif est réparti entre les différents bénéficiaires pour déterminer le patrimoine imposable à l'ISF de chacun. Le mécanisme mis en place apparaît donc peu adapté à la situation des trusts irrévocables. Fort heureusement l'administration fiscale est venue préciser ce point dans ses commentaires d'octobre 2012. Elle a ainsi expliqué qu'en cas de trust où il n'était pas prévu de répartition précise à des bénéficiaires déterminés, la répartition du patrimoine entre les bénéficiaires réputés constituants pour l'imposition à l'ISF se ferait à parts égales entre ces derniers<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> BOI-PAT-ISF-30-20-30-20121016 n°70

Cette solution, bien que la plus adaptée à la disposition instaurée par la loi, ne correspondra pas dans la grande majorité des cas à la situation concrète qui apparaîtra lors de la cessation du trust. Ainsi cette solution ne fait que mettre plus en relief l'inadéquation de la solution du législateur et fait ressortir la réelle nécessité de prendre en compte la nature du trust pour déterminer le régime d'imposition.

Face à ce régime sévère, le législateur, par peur d'une possible fraude quant à la déclaration des actifs à l'ISF, a créé un autre prélèvement avec un rôle purement dissuasif, le prélèvement sui generis. Ce prélèvement a été instauré par l'article 990 J du CGI. Celui-ci prévoit en substance que les constituants ou bénéficiaires d'un trust, personnes physiques, sont soumis à un prélèvement dont les taux correspondent à celui le plus élevé du barème ISF. Cet article précise également les critères de rattachement faisant qu'une personne est soumise à ce prélèvement. Ainsi le prélèvement est dû :

- Pour les personnes domiciliées fiscalement en France, au titre de l'intégralité de l'actif du trust ;
- Pour les personnes non résidentes fiscales françaises, à raison des seuls biens et droits situés en France, à l'exception des actions et parts sociales dans des sociétés françaises, bons du trésor ou obligations françaises.

Ainsi le scope de ce prélèvement est plus large que celui de l'ISF, les bénéficiaires étant en effet potentiellement redevables de l'impôt. Il risque également d'être plus important dans la majorité des situations, puisque pratiquant un taux unique, celui le plus élevé du barème ISF<sup>21</sup>.

La particularité de ce prélèvement sui generis est qu'il n'est pas dû dans le cas où l'actif du trust a été correctement inclut dans le patrimoine du constituant ou d'un bénéficiaire au titre de l'ISF et régulièrement déclaré à ce titre. Il n'est également pas dû dans le cas où, une fois les obligations déclaratives au titre de l'ISF faite, il s'est avéré que le

---

<sup>21</sup> Soit 0.5% pour l'ISF 2012 et 1.5% pour l'ISF 2013

constituant n'était pas redevable de l'ISF. Tout cela s'explique par le but poursuivi par le législateur dans la création de ce prélèvement. En effet, le rôle premier que le législateur entend donner à ce prélèvement est un rôle dissuasif. Tout est fait pour que le contribuable craigne de subir ce prélèvement et donc s'acquitte parfaitement de ses obligations relatives à l'ISF.

Tout d'abord, comme exposé, ce prélèvement est soumis au taux le plus élevé du barème ISF, ainsi de nombreux contribuables préféreront tout déclarer et se retrouver taxer dans une tranche inférieure. Mais également est fortement dissuasif le fait que les biens exemptés d'ISF ne le sont pas du prélèvement sui generis. Dans le cas où l'ISF a été correctement acquitté, ces biens ne donnent bien sûr pas lieu à une taxation au titre de ce prélèvement, mais c'est dans le cas où le prélèvement est effectivement dû, du fait d'une fraude ou erreur au titre de l'ISF, ces biens feront alors partis de l'actif pris en compte pour la détermination du montant taxable au titre de ce prélèvement. Ensuite, autre mesure fortement dissuasive, quant au paiement du prélèvement sui generis, il existe une solidarité entre l'administrateur, le constituant, les bénéficiaires et les héritiers de ces derniers. Ainsi le poids du prélèvement peut se répandre largement, ce qui peut provoquer chez les personnes non assujetties à l'ISF à raison des biens placés dans le trust une motivation à pousser les personnes l'étant à procéder à une juste déclaration au titre de l'ISF. De plus, il est prévu que cette solidarité n'existe pas pour les personnes ayant correctement rempli leurs obligations déclaratives au titre de l'ISF, ce qui constitue une motivation supplémentaire d'y procéder. Enfin un dernier aspect, mais non des moindres, prouve clairement le rôle dissuasif du prélèvement sui generis. Celui-ci consiste en ce que le prélèvement s'impose en tant que double sanction. En effet, le prélèvement n'est pas dû en cas de modification spontanée de sa propre déclaration ISF, il ne sera exigible qu'en cas de redressement de l'administration au titre de l'ISF. Le contribuable aura alors à payer l'ISF manquant mais également le prélèvement sui generis sur les biens non ou incorrectement déclarés. Le poids fiscal est double.

De part toutes ces dispositions le prélèvement sui generis apparait remplir pleinement son rôle de dissuasion à l'égard de l'ensemble des protagonistes du trust, ceux-ci

pouvant tous être affectés par lui. Cet outil, bien que probablement efficace semble excéder la nécessité. Il faut se poser la question de la limite des moyens à employer. Créer un impôt pour assurer le paiement d'un autre, n'est-ce pas le début d'un infini cercle vicieux ? Une simple amende supplémentaire au titre du non paiement de l'ISF découvert lors d'un redressement n'aurait-elle pas été suffisante ? Car en réalité les fraudeurs le sont rarement du fait de la mesure du pour et du contre, mais plutôt au vu de la probabilité de se faire prendre. Ainsi, il serait bien plus adéquat d'augmenter les capacités de contrôle de l'administration fiscale, plutôt que d'apporter une nouvelle disposition, venant se superposer à l'armada fiscale. Le système mis en place quant à l'ISF, bien qu'intéressant, pêche donc lui-aussi dans l'éternel mépris français de la réalité du mécanisme qu'est le trust.

## **CONCLUSION**

Une réforme du traitement fiscal du trust en France était autant attendue que crainte, la solution qu'offre la loi de finance rectificative pour 2011 donne malheureusement plus raison aux craintifs qu'aux confiants. Le législateur ne s'est pas essayé à respecter les principes directeurs de l'institution qu'est le trust. La législation fiscale est trop nouvelle et le concept de trust trop étranger à notre culture juridique pour qu'il soit possible de construire rapidement un ensemble complet et cohérent. Par la non prise en compte de toutes les nuances du trust, le législateur n'a réussi qu'à mettre en place un système bancal et incomplet qui prouvera ses faiblesses face à l'épreuve du temps. Il reviendra donc, une fois n'est pas coutume, au juge de combler les craquelures ouvertes par la loi. Cependant à l'arrivée une nouvelle intervention législative ou administrative risque de devenir rapidement nécessaire.

## **SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE**

### Ouvrages

BOUVIER Michel. Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt, LGDJ, février 2012, 254 pages. Systèmes. ISBN 2275037918

BRUNEAU Philippe, CHOUVELON Thierry. Ingénierie fiscale du patrimoine, Edition Formation Entreprise, mai 2009. 672 pages. ISBN 978 2 915661 22 4

GROSCLAUDE Jacques, MARCHESSOU Philippe. Droit fiscal général, Dalloz, Octobre 2011. 600 pages. Cours Dalloz. ISBN 978 2 247 10897 8

LAZIMI Vincent. Paradis fiscaux et gestion patrimoniale, Quelle nouvelle donne ? Edition Formation Entreprise, octobre 2011, 218 pages. ISBN 978 2 915661 36 1

TRIPET François. Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français. Litec, 1989. 259 pages. ISBN 2 7111 0949 6

Code général des impôts. Dalloz, avril 2013. Codes Dalloz. ISBN 978 2 247 12290 5

Mémento Pratique Fiscal, Francis Lefebvre. 06 mars 2013. 1440 pages. ISBN 978 2 85115 963 2

### Publications

CUBERA Jérôme, Taxation à l'ISF et aux DMTG des biens et droits placés dans un trust : la fin d'un no man's land, Les Nouvelles Fiscales n°1074, 15 septembre 2011

DE L'ESTOILE-CAMPI Agnès, Réforme de la fiscalité des trusts : premier bilan, Droit et Patrimoine n°220, décembre 2012

LE TACON Mathieu, L'administration fiscale française, nouveau bénéficiaire des trusts de droit anglo-saxon , Les Nouvelles Fiscales n°1100, 15 novembre 2012

GOUTHIERE Bruno, Trusts étrangers les précisions apportées par l'administration, Bulletin fiscal 3/13 p.149, Edition Francis Lefebvre, mars 2013

GUTMANN Daniel, PORNIN Eric, La fiscalité du patrimoine en évolution constante, Droit et patrimoine n°222, février 2013

PERROTIN Frédérique, Trust : les précisions de Bercy, Petites affiches n°255 p.4, 21 décembre 2012

TIRARD Jean-Marc, Trust patrimonial et droit fiscal français, Droit et patrimoine n°132, décembre 2004

TIRARD Jean-Marc, Les trusts patrimoniaux, Les Nouvelles Fiscales n°918, 15 juillet 2004

TRIPET François, Loi du 29 juillet 2011 : c'est le trust qu'on assassine ! Gazette du Palais, 7 décembre 2011

TRIPET François, Rescrit fiscal sur les trusts ou comment s'auto-dénoncer ! Gazette du Palais n°68 p.5, 08 mars 2012

Questions Réponses ; Trusts : obligations déclaratives, Les Nouvelles Fiscales n°1084, 15 février 2012

### Sources législatives et administratives

Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 ; JORF n°0175 du 30 juillet 2011 page 12969 texte n° 1

Décret n° 2012-1050 du 14 septembre 2012 relatif aux obligations déclaratives des administrateurs de trusts ; JORF n°0215 du 15 septembre 2012 page 14746 texte n° 6

Commentaires de l'administration fiscale ; BOI-ENR-DMTG-30-20121016 ;  
Enregistrement – Droits de Mutation à titre gratuit – Biens mis en Trust

Commentaires de l'administration fiscale ; BOI-PAT-ISF-30-20-30-20121016 ; PAT –  
Impôt de solidarité sur la fortune – Biens ou droits mis en Trust

Commentaires de l'administration fiscale ; BOI-DJC-TRUST-20121016 ; Disposition  
Juridiques Communes – Définition du Trust

Rapport d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du  
contrôle budgétaire sur les paradis fiscaux présenté par MM. Didier MIGAUD,  
Président, GILLES CARREZ, Rapporteur général ; 10 septembre 2009

### Ressources électroniques

MICHAUD Patrick, Régime fiscal des trusts en France, Etudes Fiscales Internationales,  
22 septembre 2012, 6<sup>ème</sup> mise à jour ; URL : <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/1619016638.pdf>

MICHAUD Patrick, Trust ; droit civil et droit fiscal, mai 2007 URL :  
<http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/02/01/1326383767.pdf>

ROHMER Xavier, Fiscalité des trusts : un traitement spécifique sans égard pour le droit  
étranger ? LesEchos.fr, 29 juillet 2011 ;

URL : <http://lecercle.lesechos.fr/entrepreneur/fiscalite/221136710/fiscalite-trusts-traitement-specifique-sans-egard-droit-etranger>

SCHMIDT Jean. Lamy Fiscal 2013

Communiqué de la Cour de Cassation sur l'arrêt Cass, ch.com, 15 mai 2007 URL :  
[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_commerciale\\_financiere\\_economique\\_574/communiqu\\_10568.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/communiqu_10568.html)