

LE TRUST DANS L'ORDRE SUCCESSORAL FRANÇAIS

JEAN-PHILIPPE MABRU

AVOCAT ASSOCIÉ, BONNARD LAWSON
PROFESSEUR À ESCP BUSINESS SCHOOL, DIRECTEUR SCIENTIFIQUE DES MASTÈRES
SPÉCIALISÉS *INTERNATIONAL WEALTH MANAGEMENT*

*I HAVE A DREAM*¹

« C'est une décision remarquable que vient de rendre la Cour de cassation, en confirmant enfin l'opinion de la majeure partie de la doctrine depuis la ratification par la France de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance et l'adoption corrélative de la loi introduisant la fiducie familiale (ou trust) dans notre Code civil.

Par cet arrêt, la Cour déclare que le trust (ou fiducie) entraîne bien la création d'un patrimoine affecté qui, s'il échappe aux droits des créanciers dès lors que le dessaisissement du constituant est définitif, n'est resté pas moins soumis aux règles successorales du rapport et de la réduction dans ses dispositions qui impliquent un transfert gratuit d'actifs au profit de bénéficiaires dénommés.

Dans l'hypothèse où le dépouillement du constituant est effectif dès la constitution du trust, rendue opposable aux tiers par sa publication au Registre des contrats fiduciaires (RCF), le transfert au profit du bénéficiaire, se réalisant par l'intermédiaire du trustee (ou fiduciaire) au moyen d'une stipulation pour autrui, est assimilable dans ses conséquences à une libéralité et n'est réductible qu'à sa date, le bénéficiaire tenant ses droits dès la constitution du trust (ou fiducie) par l'effet de la consolidation rétroactive de la stipulation pour autrui.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse où il n'y a pas eu dessaisissement effectif (fiducie à cause de mort ou fiducie testamentaire) que la réduction s'opère à la date du décès au même titre que les donations à cause de mort ou les legs selon le cas, la stipulation prévue ne pouvant rétroagir qu'à la date à laquelle le constituant a entendu se dépouiller réellement des actifs mis en trust.

La position ainsi prise par la Cour de cassation a été saluée par l'ensemble des praticiens (notaires et avocats), qui voient ainsi consacrés tous leurs efforts pour sécuri-

ser en France la pratique d'une institution indispensable à la pérennisation du patrimoine de leurs clients, le trust devenant l'outil incontournable de toute stratégie patrimoniale.

Faut-il rappeler que le trust a, depuis son introduction dans notre Code, montré tous ses avantages dans la transmission d'entreprises, petites ou grandes ; qu'il s'est aussi révélé une alternative efficace à la fondation permettant de structurer des collections d'art auparavant si souvent dispersées. »

Ce rêve, nous l'avions exprimé en 2004², et quel plaisir aurait-ce été d'écrire un tel article !

Mais, comme à l'époque et presque vingt ans plus tard, tout ceci n'est qu'un rêve, que tout comme Martin Luther King en son temps, nous espérons néanmoins voir se réaliser un jour prochain.

Continuant de tourner le dos au passé de notre pays, dans des rémanences révolutionnaires qui parfois étonnent, notre législateur se refuse toujours à accepter le trust dans notre droit civil, nous laissant désarmés face à nos voisins importants qui, eux, connaissent des institutions identiques ou similaires (la Grande-Bretagne bien sûr, mais encore la Suisse avec ses avancées législatives récentes, l'Allemagne, ou encore l'Italie, voire la Belgique avec la fondation familiale).

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

De multiples projets de loi sont restés lettres mortes, pour finalement aboutir le 19 février 2007³ à l'adoption d'une loi instaurant un système fiduciaire à la française dans un cadre toutefois limité à la gestion et à la constitution de garanties spécifiques (fiducie-gestion et fiducie-garantie), à l'exclusion de toute possibilité de transmission

1. Discours du Pasteur Martin Luther King à Washington le 28 août 1963.

2. J.P.MABRU, « Ailleurs et demain », in *Bulletin Chevrevaux*, mars 2004.

3. Résultat des travaux de la proposition de loi Marini déposée au Sénat le 8 février 2005, n° 178, dont le chapitre introductif débutait ainsi : « Le Code civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au "trust" des pays de droit anglo-américain qui permet, en particulier, à une personne, le constituant (*settlor*), de transférer la propriété de droits lui appartenant à un "trustee", afin de les administrer, non dans l'intérêt propre de ce trustee mais pour réaliser un objet déterminé ».

patrimoniale. Pire encore, une fiducie-transmission est frappée de sanctions rédhibitoires : nullité du contrat de fiducie, et assujettissement de toute transmission à titre gratuit constatée à une taxation au taux de 60 % (certains pourront toutefois s'étonner qu'une transmission frappée de nullité absolue – et donc rétroactive – puisse néanmoins entrer dans le champ des droits de mutation à titre gratuit).

Quelle est cette peur de notre législateur face au trust ? Pourquoi autant de réticences ?

Pour certains, le trust est une pure émanation du droit coutumier anglo-saxon très libéral, qui s'accommode mal de nos règles codifiées de droit civil. Pour d'autres, c'est un instrument de fraude, laquelle efface irrémédiablement tous les avantages que le trust peut présenter dans la gestion, l'administration et la disposition de patrimoines complexes, dans la transmission des entreprises, dans la protection du patrimoine des personnes incapables ou vulnérables...

Ils en oublient aussi une origine du trust bien plus lointaine, car, en paraphrasant un certain scénariste⁴ : « Il est autant anglais que Laurence d'Arabie est arabe. Perfidie légendaire ! » Le trust, ou fiducie, est une institution de droit romain, source directe de multiples règles et grands principes de notre droit.

LE TRUST : DES ORIGINES À NOS JOURS

Des opérations fiduciaires ont été développées dans de nombreux systèmes juridiques de l'Antiquité (Grèce, Phénicie...), mais c'est à Rome que l'on en retrouve le plus de traces, notamment dans les écrits de Cicéron, Gaius ou Justinien.

En droit romain, dans le cadre du droit des biens, l'institution d'une fiducie servait à gérer et transmettre un patrimoine (*fiducia cum amico*) ou encore à fournir un gage aux créanciers (*fiducia cum creditore*).

La *fiducia* se caractérisait par un transfert de propriété (*mancipatio*) au profit d'un fiduciaire. À charge pour lui de gérer, administrer et disposer du patrimoine transmis selon les conditions établies, pour le restituer au terme convenu au constituant ou à un bénéficiaire désigné, notamment dans le cadre d'une intention libérale (*mancipatio fiduciae causa*).

Par cette opération, le fiduciaire perdait son titre de propriété de manière temporaire, pour le recouvrer au terme prévu, et le fiduciaire se trouvait investi des qualités de propriétaire formel du patrimoine fiduciaire.

Elle reposait sur un principe absolu de confiance (*fiducia*) et de fidélité dans la parole donnée (*fides*)⁵.

Elle disparaît officiellement sous le règne de l'empereur Justinien, mais continue officieusement à être pratiquée – spécialement en Italie –, pour refaire son apparition lors de la renaissance du droit romain au Moyen Âge sous la forme d'une évolution de l'institution romaine (le fidéicommissis et la fiducie sur le continent européen, et le trust sur l'île de Grande-Bretagne).

Au Moyen Âge, et dans la continuité des principes du droit romain, l'opération de substitution fidéicommissaire permettait d'assurer la préservation des domaines fonciers des seigneurs féodaux, le fidéicommissis recevant les biens grevés en vue de les retransmettre au bénéficiaire final. Largement utilisée lors de la période troublée des Croisades, elle s'est institutionnalisée par la suite au sein de la noblesse française afin d'assurer la conservation de domaines fonciers au sein de la famille aînée. Elle reste de fait à l'usage d'une fraction réduite de propriétaires fonciers et est dès lors considérée comme un privilège.

Elle est ainsi condamnée par la Révolution française, car elle constitue l'un des symboles de l'Ancien Régime ayant permis la conservation du patrimoine de la noblesse, un décret du 25 octobre 1792 interdisant tout recours par voie contractuelle à cette institution.

L'article 896 du Code civil de 1804 en a confirmé la prohibition⁶ en l'étendant à toutes les institutions similaires⁷, sans pour autant empêcher les auteurs de doctrine de continuer à débattre de son utilité dans les règles de droit civil, dont le doyen René Savatier, par une analyse du système québécois dans le cadre de travaux menés sous l'égide de René Capitant⁸ (sans toutefois laisser beaucoup d'espoir).

C'est cependant en Angleterre qu'elle vit sa consécration.

La notion de trust s'est ancrée dans la Common law pour garantir la protection attachée aux actions réelles, dont l'objet essentiel était d'assurer la sécurité des intérêts féodaux à l'égard des terres et a évolué progressivement à partir des XIV^e et XV^e siècles, au fur et à mesure des interventions de la *Court of Chancery* sur le concept d'*equity*.

4. M. AUDIARD, *Un singe en hiver*.

5. J.P. DUNAND, « Le transfert fiduciaire : "donner pour reprendre", *Mancipio dare ut remancipetur*, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53 n° 3, juillet-septembre 2001, pp. 751-754.

6. Article 896 1^{er} al. Ancien : « Les substitutions sont prohibées ». Depuis la réforme du droit des successions du 23 juin 2006, l'article 896 a été entièrement réécrit et stipule désormais que « La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi. » Cette nouvelle rédaction a pour objet d'autoriser les libéralités graduelles et résiduelles issues de la même réforme. Elle s'étend bien entendu à tous les autres mécanismes, dont la fiducie créée en 2007.

7. De manière paradoxale, Napoléon en a réintroduit l'usage sous la forme des majorats réservés à la noblesse d'Empire... pour une durée certes assez brève.

8. Congrès « La fiducie en droit moderne » publié dans le cadre « Des travaux de la semaine internationale de droit », Sirey, 1937.

Les illustrations les plus simples au Moyen Âge se retrouvent à l'époque des Croisades. Lorsqu'un seigneur partait guerroyer, il ne pouvait pas confier son domaine à son épouse ou à ses enfants mineurs, frappés d'incapacité d'exercice. Pour éviter qu'un voisin indélicat ne l'accapare en son absence (sachant que son épouse et ses enfants n'avaient pas la capacité d'agir devant les tribunaux), il était donc dans l'obligation de recourir aux bons soins d'un ami afin que ce dernier les administre dans son intérêt et dans celui de sa famille. Il lui transférait alors le droit réel dont il était titulaire ; à charge à son ami de le lui restituer à son retour, ou, à défaut, à l'aîné de ses enfants.

Ce système n'était pas sans inconvénient. Le droit de propriété étant transféré à l'ami en question, il arrivait quelquefois que celui-ci refuse de respecter l'accord et de rendre les biens qui lui avaient été remis. Aucun recours en restitution ne pouvant alors être exercé devant les tribunaux – le titre ayant été effectivement transmis –, les cours de justice ne pouvaient, dans le cadre de l'*equity*, qu'obliger le défendeur à continuer à administrer les biens dans l'intérêt du bénéficiaire désigné par l'auteur du transfert, et lui interdire tout usage à des fins purement personnelles. C'est ainsi que la *Court of Chancery* a progressivement étendu la protection des intérêts des bénéficiaires en leur garantissant des recours personnels contre les actes du trustee, mais aussi des droits réels à l'égard des tiers sur les biens mis en trust.

Le concept de trust moderne était alors né : un lien entre deux personnes et un bien. À raison de ce lien, l'une des deux personnes, le *trustee*, se trouve, en vertu des principes de l'*equity*, dans l'obligation de gérer le bien faisant l'objet du trust, au profit d'une autre personne, le bénéficiaire. Le *trustee* a incontestablement, en droit strict, toutes les prérogatives d'un véritable propriétaire, mais en *equity*, il se trouve dans l'obligation de s'acquitter des charges que le trust implique. Le *trustee* est propriétaire apparent des biens qui lui ont été transférés par le constituant, en même temps qu'il en a le contrôle et la gestion, droit opposable à tous, mais c'est le bénéficiaire qui est le véritable propriétaire en *equity* ; en ce sens, il est le seul à pouvoir prétendre aux profits et à l'usage du bien constitué en trust⁹.

Certains considèrent aussi que le trust anglo-saxon est né de la fraude, car imaginé par de riches seigneurs pour contourner certaines interdictions ou éviter des taxes fiscales importantes en matière de transferts de fiefs à l'époque élisabéthaine¹⁰. Il s'agit sans doute là d'une vision quelque peu réductrice, mais qui n'est pas sans expliquer les réticences à son introduction en droit français.

Un constat s'impose toutefois : le concept historique de fiducie et de trust est étroitement lié à la propriété foncière.

C'est ainsi qu'une institution de droit romain est devenue aux yeux de tous une création représentative du libéralisme du droit anglo-saxon, incompatible avec les règles de notre droit écrit. Belle ironie de l'Histoire !

QU'EST-CE QU'UN TRUST ?

Il n'existe pas de définition précise en droit anglais, celle-ci étant issue d'une longue évolution jurisprudentielle depuis le XIV^e siècle.

En droit anglo-saxon, le trust constitue une opération, le plus souvent matérialisée par un acte unilatéral, réalisée par une personne qui consent au transfert de la propriété de certains de ses actifs (*trust assets*) au profit d'une autre personne (*trustee*) dans un but déterminé, l'investissant de pouvoirs de gestion, d'administration et de disposition tant à titre onéreux qu'à titre gratuit au profit de bénéficiaires désignés. Si les actifs mis en trust deviennent la propriété du *trustee*, ils constituent toutefois un patrimoine distinct de ses biens personnels.

Il n'existe pas de définition générale, mais de multiples concepts, chacun avec ses spécificités, mais fondés sur un tronc commun des principes de *common law* et d'*equity*.

Les trusts anglo-saxons sont aussi multiformes : objets de conventions écrites (*express trusts*), résultat de situations purement factuelles (*implied trusts*), ou encore dérivés de l'application de règles légales (*statutory trusts*).

La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance définit le trust dans son article 2 comme « les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par actes entre vifs ou à cause de mort –, lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ».

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

Le trust peut présenter de multiples caractéristiques :

- constitué du vivant du *settlor* (acte entre vifs) ou par acte de disposition à cause de mort (trust testamentaire) ;

9. L. NEVILLE BROWN et C.A. WESTON, *Jurisclesseur international*, Fasc. 2, Grande Bretagne.

10. G. DROZ, *Jurisclesseur Successions Internationales*, Fasc. 20.

- révocable (à savoir modifiable dans tout ou partie de ses dispositions par le constituant) ou irrévocable (et donc définitif) ;
- simple (le *trustee* doit reverser périodiquement tous les revenus au bénéficiaire) ou discrétionnaire (accumulation des revenus et du capital laissé à la discrétion du *trustee*).

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

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

Il est intéressant à ce stade d'en rapprocher les caractéristiques de celles de la fiducie introduite en droit français par la loi 2007-211 du 19 février 2007.

Codifiée à l'article 2011 du Code civil, la fiducie y est définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

À s'en tenir à cet énoncé, la fiducie française ne se distingue guère du trust : trois intervenants, un constituant (*settlor*), un fiduciaire (*trustee*) et un ou plusieurs bénéficiaires ; une opération entraînant un transfert de propriété d'un patrimoine ; un but déterminé au profit d'un tiers.

Toutefois, et comme souvent dans notre système juridique, la différence est ailleurs et résulte des limitations imposées par la loi. En premier lieu, la fiducie ne peut être établie que par un contrat (alors que le trust peut résulter d'une situation de fait). Ensuite et surtout, tout contrat de fiducie sera frappé de nullité s'il procède d'une intention libérale, cette nullité étant d'ordre public¹¹. Cette prohibition est assortie d'une sanction fiscale lourde, qui consiste, selon les dispositions prévues à l'article 792bis du Code général des impôts, en l'assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit entre non parents (soit le taux maximum de 60 %) de tout transfert à titre gratuit réalisé au travers d'un contrat fiduciaire.

Alors au vu de tout cela, le trust a-t-il bien sa place dans notre droit successoral ?

Une illustration par un jeu d'enfant m'a été soumise par l'un de mes étudiants¹² au sujet de la problématique suc-

cessorale française : « À l'école primaire, le professeur nous présente un plateau sur lequel se trouvent des figures creusées (cercle, carré, rectangle). À côté, il nous présente des figures volantes (cercle, carré, rectangle). Le but du jeu est de faire rentrer les figures volantes dans les figures creusées du plateau. Le jeu paraît simple, jusqu'au moment où apparaît un triangle en guise de figure volante, mais qu'aucune figure creusée ne correspond sur le plateau. Dès lors, *quid* ? Faut-il abandonner le triangle ? Faut-il forcer son entrée dans une des figures creusées existantes ? Ou faut-il créer une nouvelle figure creusée ? La réponse idéale serait de créer une nouvelle figure creusée. »

Alors, voyons si nous pouvons creuser une telle figure.

LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUCCESSION

Depuis l'entrée en vigueur du règlement européen succession le 17 août 2015¹³, la règle de conflit française a été profondément modifiée.

Jusqu'à cette date, la règle française supposait que la loi applicable à une succession devait être déterminée en fonction d'une règle scissionniste :

- la succession mobilière devait être régie par la loi du pays du dernier domicile du défunt ;
- la succession immobilière était de son côté soumise à la loi du pays de situation de chacun des biens immobiliers concernés.

Depuis le 17 août 2015, toutes les successions sont, d'un point de vue français, soumises à un principe unitaire. La loi applicable est celle du pays de la résidence habituelle du défunt. Ce principe est soumis à deux tempéraments :

- à défaut de pouvoir déterminer une résidence habituelle, la loi applicable à la succession sera celle du pays avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits ;
- toute personne a la possibilité, au moyen d'un testament ou de tout autre instrument similaire, d'opter pour l'assujettissement de sa succession à sa loi nationale.

Ainsi, la loi étrangère sera compétente si la résidence habituelle du défunt est située hors de France ou dans l'hypothèse d'une option pour la loi nationale par hypothèse non française.

Inversement, la loi successorale française s'appliquera si la résidence habituelle du défunt est située en France, à défaut d'option pour une loi nationale autre.

Dans le cas de l'application d'une loi étrangère, la France ne sera concernée qu'à titre de pure loi réelle pour les biens immobiliers situés sur son territoire par renvoi de

11. Article 2013 du Code civil.

12. M. DE LORGERIL, MS *International Wealth Management*, ESCP Business School, promotion 2021.

13. Règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

la loi étrangère applicable. Un tel renvoi ne peut toutefois pas intervenir dans l'hypothèse de l'option pour la loi nationale (*optio juris*) ni dans celle où, à défaut de résidence habituelle du défunt dans un État, la loi successorale retenue sera celle du pays avec lequel auront été déterminés ses liens les plus étroits. Dans ces deux cas de figure, l'application du droit français est donc en principe exclue.

Plusieurs hypothèses sont donc susceptibles de voir le jour :

- renvoie par une loi étrangère au droit français à titre de loi réelle (*lex rei sitae*), dans le cadre des règles de conflits scissionnistes ;
- application directe du droit français par compétence principale à défaut d'option ;
- application directe de la loi étrangère en France sans renvoi, du fait d'une option pour la loi nationale ou de l'application du critère subsidiaire du pays avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

APPLICATION DIRECTE DE LA LOI ÉTRANGÈRE ET IMPACT DU DROIT FRANÇAIS

Du point de vue français, l'ensemble des questions relatives à la dévolution d'une succession, à l'appréhension des biens par les héritiers, aux pouvoirs des exécuteurs testamentaires¹⁴ relèvent de la loi successorale.

À cet égard, il est admis qu'un trust valablement constitué à l'étranger sera reconnu en France.

Dès lors, le *trustee* peut appréhender les biens successoraux, les vendre ou les distribuer selon les pouvoirs qui lui sont accordés par la loi successorale étrangère applicable à la succession, ou par le trust mis en place dans le cadre de cette loi.

La question de son exécution sur les biens situés en France et de sa confrontation à la réserve héréditaire peut en revanche se poser.

Nous ne développerons pas de manière approfondie l'analyse relative à l'impact de la réserve héréditaire sur le trust à laquelle est consacrée une autre étude de la présente revue¹⁵. Mais nous précisons qu'à notre sens, la réserve héréditaire ne saurait s'opposer à la valable application en France d'un droit étranger l'ignorant.

C'est dans ce sens que la Cour de cassation a statué dans ses arrêts Jarre¹⁶ et Colombier¹⁷, en considérant qu'une loi

étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public international français.

Au cas particulier de l'arrêt rendu dans le cadre de la succession du compositeur Maurice Jarre, la Cour de cassation a relevé, d'une part, que le défunt était domicilié de longue date en Californie, dont la législation s'applique à sa succession, et d'autre part, que les héritiers ne se trouvaient pas dans une situation de précarité économique ou de besoin (semblant ainsi limiter l'incidence de la réserve héréditaire, à l'instar de l'évolution du droit belge sur cette question, à son seul caractère alimentaire). Elle en conclut que l'absence de reconnaissance de la réserve héréditaire ne conduit pas à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. (La réserve héréditaire n'en faisant pas partie, reste à savoir quels sont ces principes essentiels...)

Une argumentation similaire était développée par les héritiers du compositeur Michel Colombier, qui entendaient soutenir que le droit successoral de l'État de Californie devait être écarté, car il ignorait un principe essentiel du droit français, relevant de la conception française de l'ordre public international, tenant au respect de la réserve héréditaire. Cet argument a été écarté par la Cour de cassation, et le pourvoi rejeté sur le même fondement que l'arrêt Jarre.

Sont aujourd'hui venus s'ajouter les principes issus du règlement européen succession, qui dispose dans son article 35 que l'exception d'ordre public international ne peut plus être invoquée que lorsque l'application de la loi étrangère « est manifestement incompatible avec l'ordre public du for », et dans le considérant 58, que l'exception d'ordre public ne peut être admise que dans des « circonstances exceptionnelles ».

En dehors de l'exception d'ordre public, à laquelle la réserve héréditaire de droit français ne semble pas devoir se rattacher, subsiste alors la fraude à la loi rappelée par le considérant 26 du règlement, et dont une des illustrations les plus célèbres en droit français a été donnée par la Cour de cassation dans l'affaire Caron¹⁸.

Il ne semble toutefois pas que les travaux du dernier congrès des notaires de France développent la même vision, mais qu'ils vont plutôt dans le sens du rapport établi à la demande du Garde des Sceaux par le groupe de travail sur la réserve héréditaire, et remis le 14 janvier 2020¹⁹. Le groupe de travail a commenté les deux décisions ren-

14. « Suivant la règle de conflit française, la désignation et les pouvoirs des exécuteurs testamentaires (voire d'un trust à cause de mort créé unilatéralement) relevaient de la loi américaine à laquelle était soumise la succession mobilière » (Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1983 : *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 336, note REVILLARD M. ; *JDI*, 1985, p. 115, note B. ANCEL ; *Defrénois*, 1984, art. 33325, p. 787 ; *Bull. civ.*, 1983, I, n° 252).

15. In C. DE NEUVILLE « Trusts et immobilier français ».

16. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17198.

17. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-13151.

18. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1985, n° 82-15.033 : *JurisData*, n° 1985-701544.

19. La réserve héréditaire, Rapport du groupe de travail. Auteurs : C. PÉRÈS et P. POTENTIER.

dues par la Cour de cassation mentionnées plus haut, et estime qu'elles doivent être abandonnées.

Selon les auteurs du rapport, le critère retenu par la Cour de cassation, à savoir la fonction alimentaire de la réserve, dénature sa vocation, et ils reprochent à la Cour de cassation d'avoir une vision trop restrictive de la fonction de la réserve héréditaire.

Ils mettent aussi en avant les risques de divergence d'interprétation des notions de « précarité économique » et de « besoin » entre les tribunaux.

Et pour finir, ils concluent que « la réserve héréditaire devrait être reconnue comme étant d'ordre public international en tant qu'elle appartient aux principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société ».

Le débat est donc loin d'être tranché et les oppositions toujours aussi fortes. Mais comme souvent, la vérité est sans doute ailleurs...

Par l'effet direct de la loi étrangère, le trustee disposera sur les biens situés en France des mêmes pouvoirs prévus tant par la loi applicable au trust lui-même que celle de la loi successorale.

S'il ne semble pas exister de vraie difficulté quant à la reconnaissance du trust, des problèmes plus importants se posent quant à son exécution sur les biens immobiliers situés en France. On rejoint ici la question de l'application directe du droit français sur la succession.

APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS À RAISON DE LA SITUATION DES BIENS EN FRANCE

Le règlement européen succession exclut les trusts de son champ d'application²⁰ tout en rappelant dans que cette exclusion, son considérant n° 13 n'a pas de portée générale, et que « dans le cas où un trust est constitué en vertu d'un testament ou de la loi en lien avec une succession *ab intestat*, la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement devrait s'appliquer s'agissant de la dévolution des biens et de la vocation successorale des bénéficiaires ».

Il est en outre précisé à l'article 31 du règlement que « lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit 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 et tenant compte des objectifs et intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés ».

Dans ce contexte, il est donc proposé une solution qui doit tenir compte de l'ensemble des éléments inhérents au droit étranger dont l'application est invoquée.

Toute adaptation d'un trust aux règles françaises suppose donc que soient pris en compte tous les objectifs et éléments essentiels du trust en question, dont notamment et principalement les droits respectifs du trustee et des bénéficiaires.

Dans la pratique, un certain nombre de notaires, se fondant sur cette règle d'adaptation, considèrent qu'il y a lieu d'assimiler les dispositions du trust en faveur des bénéficiaires à des legs universels, à titre universel, voire particuliers. Nous ne partageons pas cette analyse, qui revient à nier l'existence des droits de propriété concurrents du trustee et des bénéficiaires sur le *corpus* et à altérer la volonté exprimée du constituant.

Considérer que le bénéficiaire doit être investi des droits de propriété réservés à un légataire (à titre universel ou particulier) lui confère des prérogatives, dont il ne dispose à l'évidence pas dans le cadre de la loi étrangère applicable au trust.

Le legs n'est donc pas ici « le cadre équivalent le plus proche » requis par le règlement succession.

Force est aussi de constater qu'il existe aujourd'hui des interprétations divergentes entre notaires sur une même situation.

Il serait donc temps de clarifier la situation.

L'approche actuelle semble se limiter à la recherche d'un droit équivalent au sein de notre droit successoral, où à l'évidence il n'y en a pas.

Peut-être serait-il opportun d'élargir le champ des investigations et de se rattacher au cadre posé par la loi du 19 février 2007 relative à la Fiducie.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, la définition donnée à l'article 2011 du Code civil à la fiducie est très similaire à celle de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des trusts.

De plus, il est admis par le législateur que la fiducie est « assimilable au trust puisqu'elle répond bien aux critères énoncés : des biens sont placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ; les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ; le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ; le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer

20. Règlement UE 650/2012, art. 1.2 j.

des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi²¹ ».

La loi prévoit que lorsqu'un contrat de fiducie porte sur des immeubles, il doit, sous peine de nullité, être publié au bureau des hypothèques du lieu de situation de ces immeubles.

Selon cette interprétation, au regard d'un instrument de droit français qui est à l'évidence le plus proche du trust anglo-saxon, le trust doit donc être pris en compte en tant que contrat fiduciaire et publié comme tel²².

Un certain nombre de bureaux des hypothèques acceptent d'ailleurs de procéder à une telle publication. Une adaptation législative serait à l'évidence la bienvenue sur ce point.

Pris dans le contexte de l'application du droit français au titre de la loi réelle, une transposition à l'identique peut certainement être effectuée si le droit français s'applique directement en tant que loi successorale.

APPLICATION À TITRE PRINCIPAL DE LA LOI SUCCESSORALE FRANÇAISE

Tel sera le cas lorsque la France est la résidence habituelle du défunt, ou lorsqu'une loi étrangère renverra au droit français pour certains biens, notamment ceux immobiliers.

La situation devient plus complexe, puisqu'il s'agira alors d'appréhender un mécanisme totalement inconnu de nos règles de droit civil.

Il est certain que dans un tel contexte, un trust testamentaire ne pourra plus avoir aucune portée, que l'on soit en présence ou non d'héritiers réservataires. Ses dispositions devront alors s'apprécier au regard des règles françaises régissant les legs, et le *trustee* devra s'effacer au profit des bénéficiaires du trust²³, qui seront alors investis d'un droit immédiat sur les actifs du trust, sauf à considérer le *trustee* comme un mandataire *post mortem* (solution très temporaire et peu utilisée) ou un simple exécuteur testamentaire. Les bénéficiaires seraient selon cette interprétation assimilés à des légataires particuliers ou universels selon le cas, et pour ces derniers, avec option pour une

acceptation bénéficiaire de la succession²⁴ afin de respecter les effets de la séparation des patrimoines créée par le trust.

Au regard de la faculté d'option pour la loi nationale offerte par le règlement européen successions, il est évident qu'une telle situation doit avoir vocation à disparaître assez rapidement²⁵.

La question est différente pour les trusts *inter vivos* constitués antérieurement, dont il convient alors d'apprécier la portée dans l'ordre successoral français.

Nous nous concentrerons ici sur le sujet délicat de l'appréhension des trusts *inter vivos* dans la dévolution successorale française, et plus particulièrement au regard des règles applicables à la réduction des libéralités.

Le droit français se caractérise notamment par l'existence d'une réserve héréditaire au profit des descendants d'un défunt.

Ces droits réservataires affectent l'exécution des libéralités, qu'elles soient entre vifs, à cause de mort ou testamentaires, dès lors qu'elles seraient susceptibles de dépasser la quotité disponible.

Afin d'assurer l'efficacité de la réserve, la loi française impose le rapport de toutes les libéralités antérieures, et les soumet à réduction le cas échéant, à la demande des héritiers réservataires.

La question est alors de savoir comment les dispositions d'un trust étranger comprenant des libéralités sont intégrées dans ces principes protecteurs de certains héritiers.

LE TRUST FACE AU RAPPORT ET À LA RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS

Rapporté au contexte qui nous intéresse – la transmission d'un patrimoine –, le trust a fait couler beaucoup d'encre, et notre jurisprudence est marquée d'errements et d'égarments.

La question principale est en fait de savoir si, pour appréhender le trust en droit français, à défaut de loi ap-

21. Rép. de GROSIDIER : Sénat, 5 mai 2016 n° 16451 (dans sa réponse, le Garde des Sceaux ajoute néanmoins que, dans l'hypothèse qui lui était soumise d'une éventuelle ratification de la Convention de La Haye « les trusts constitués à l'étranger devant alors être reconnus en droit interne, il convient de s'assurer que cela n'aboutira pas à une reconnaissance sans réserve, en France, de trusts de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles – notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment – que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution ».

On notera que les réserves énoncées sont toutes d'ordre fiscal.).

22. Il est vrai que l'article 2029 du Code civil prévoit que le contrat de fiducie prend fin au décès du constituant. Il s'agit toutefois à notre sens d'une notion subsidiaire dans le cadre de l'adaptation, la seule référence devant être l'article 2011 du même Code qui pose l'*instrumentum*.

23. Il est évident que, nonobstant les droits de propriété dont il est investi par l'effet du trust, le *trustee* ne peut pas être assimilé à un légataire universel et recevoir l'intégralité des biens concernés. Une telle solution irait à l'encontre de la nature même du trust qui n'en fait qu'un propriétaire temporaire. Il serait par ailleurs tenu *ultra vires* du passif successoral, alors que le trust constitue un patrimoine affecté.

24. Articles 787 et suiv. du Code civil.

25. D'autant plus que sur le plan fiscal, un résident de France ne peut pas constituer de trust sauf à voir le patrimoine ainsi transmis assujéti à une taxation au taux entre non parents (soit 60 % à ce jour).

propriété, il est nécessaire de le qualifier juridiquement par rapport à des instruments que nous connaissons. Le trust est-il une donation ou un legs ?

L'évidence conduit à apporter une réponse négative aux deux termes de la question. Ce n'est pourtant pas, comme nous le verrons par la suite, l'analyse retenue par notre juridiction suprême.

C'est cependant ainsi que l'avait bien vu la Cour d'appel de Paris en 1970²⁶, en posant le principe que « la convention de trust, au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ».

On ne reviendra pas sur certaines critiques, notamment celle relative à la notion de contrat synallagmatique (que le trust n'est pas toujours), mais on retiendra surtout le principe posé pour la première fois de l'assujettissement du trust à la loi d'autonomie.

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

Point n'est besoin de qualifier l'acte juridique ; il suffit de rechercher ses effets et de vérifier leur compatibilité avec les règles d'ordre public²⁷, notamment celles relatives à la réserve héréditaire (arrêt CA Paris, précité).

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

Le débat s'est ainsi poursuivi à ce stade jusqu'au terrible coup de tonnerre que fut l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 février 1996²⁸.

Saisie d'un pourvoi à l'encontre d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris²⁹, qui avait estimé, dans le litige qui lui était soumis et se fondant sur le caractère révocable du trust, que les dispositions d'un trust devaient être qualifiées de dispositions testamentaires et de legs particuliers, la Cour a censuré cette décision pour retenir une conception différente de la nature du trust.

Dans cet arrêt, la Cour a donné du trust une définition qui a soulevé de nombreux débats : « 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. »

Certes, on ne peut qu'approuver la Cour d'avoir rejeté la qualification de dispositions testamentaires, ce qu'à l'évidence le trust n'est pas, car si un legs n'entraîne aucun dessaisissement immédiat du testateur, il en va autrement dans le trust entre vifs, où la propriété des biens est aliénée au profit du trustee. La critique reste néanmoins ouverte, car c'est, à notre sens, à tort qu'elle a retenu, de manière générale, la notion de donation indirecte à cause de mort.

À ce stade, il est intéressant de reprendre et d'analyser un par un les éléments considérés par la Cour de cassation dans cette décision lui ayant permis de qualifier le trust au regard du droit français.

– En premier lieu, les juges suprêmes considèrent que le trust « réalise une donation indirecte [...] ». Qu'en est-il exactement ?

Le droit français connaît plusieurs formes de donations, dont une définition juridique précise est donnée soit par la loi soit par la jurisprudence :

- o La donation ostensible matérialisée par un acte solennel entrant dans le champ de l'article 931 du Code civil.
- o Le don manuel qui se caractérise par l'absence d'acte, de quelque nature qu'il soit, et par une remise matérielle à titre gratuit d'un bien à un bénéficiaire identifié, qui n'a donc d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée entraînant une dépossession irrévocable³⁰.
- o La donation déguisée qui procède de la requalification judiciaire d'un acte à titre onéreux³¹.
- o La donation indirecte qui, selon la définition donnée par les tribunaux, résulte en fait d'un acte qui n'exprime pas sa cause et qui peut prendre de multiples formes (cautionnement, vente à prix modique, renonciation à une créance dans le cadre d'une reconnaissance de dette ou d'un prêt familial sans intérêts, renonciation à un droit...)³². L'un des exemples les plus

26. CA Paris 10.01.1970, C. DE GANAY, *Rev. Crit.*, p. 1971, 518, note DROZ.

27. Situation antérieure à la réforme de 2006 et à l'entrée en vigueur en France du règlement européen successions, le 17 août 2015.

28. Aff. Zieseniss, 20 février 1996 n° 423 P ; *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 692, note DROZ G. ; D., 1996, jurispr., p. 390 et chron. LEQUETTE Y., p. 231 ; JCP G 1996, II, 22647, note BEHAR-TOUCHAIS ; *Defrénois*, 1997, p. 26, note VIGNAL T. ; RTD civ., 1996, p. 454, obs. PATARIN J. ; COUSTET C., « Trust : une avancée en trompe-l'œil », *Dr. et patrimoine*, mai 1996, p. 18.

29. CA Paris, 2^e ch., sect. A, 28 sept. 1993 : *JurisData*, n° 1993-022756 ; D. 1993, IR, p. 228.

30. Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1960, D.1960, 702.

31. Notamment, Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1980, RTD civ. 1981, obs. PATARIN.

32. Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 1961, *Bull. civ. I*, n° 553 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1982, D.1983, 320 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1969, *Bull. civ. I*, n° 8 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1961, D.1962, 657.

courants est la reconnaissance de dette. Il s'agit d'un acte unilatéral par lequel une personne se reconnaît débitrice à l'égard d'une autre, sans que soit justifiée l'existence de la dette. Si cette dernière n'est pas avérée, ou s'il est constaté que le créancier a consenti, par son silence, à ce qu'aucun remboursement ne soit effectué, l'opération est alors requalifiée en libéralité.

Il existe donc un cadre très précis. Or, force est de constater que le trust n'entre dans aucune de ces catégories.

Il y a bien un acte, mais celui-ci n'est pas solennel.

La cause en est clairement exprimée : la remise de biens à titre gratuit à des bénéficiaires.

Alors, pourquoi l'emploi des termes « donation indirecte » ?

Il faut sans doute, comme me l'a fait remarquer un ancien président de Chambre de la Cour de cassation, se référer à l'intermédiation d'un tiers dans l'opération réalisée par le trust. Le caractère indirect de la donation résulterait donc de l'intervention du *trustee*, chargé par le constituant de remettre les biens mis en trust au profit des bénéficiaires.

Mais nous sommes alors dans un schéma très différent : il ne s'agit plus au sens strict d'une donation indirecte, mais d'un transfert de propriété réalisé par l'entremise d'un tiers.

Ce type d'opération n'est pas inconnu du droit français, et il se trouve codifié aux articles 1205 et suivants du Code civil, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016, et antérieurement à l'article 1121 ancien du Code civil.

Par une telle opération, A transfère un bien à B ; à charge pour lui de le remettre ensuite à C. Au dénouement, C sera considéré comme ayant reçu directement le bien de A. On est clairement dans la situation du transfert de propriété au sein d'un trust.

Cette stipulation a toutefois un effet particulier qui va nuire à la suite du raisonnement des magistrats de la Cour de cassation dans l'affaire Zieseniss. Au moyen de la stipulation pour autrui, le droit de propriété de C est rétroactivement consolidé au jour du dessaisissement de A. Il est ainsi réputé avoir reçu directement le bien en question de A, sans considération du transfert de propriété à B.

Appliquée au trust, cette consolidation rétroactive aurait pour effet la constatation de la réalisation du transfert de propriété entre constituant et bénéficiaires rétroactivement, au jour de la remise des biens au *trustee*.

Dès lors, s'il doit y avoir libéralité et qu'il faut la qualifier en droit français (ce que nous ne pensons pas), il ne pourrait s'agir que d'une donation entre vifs et non d'une donation à cause de mort, comme le retient pourtant la Cour de cassation.

Les effets dans l'ordre des réductions sont totalement différents, et c'est sans doute pour cela que les magistrats se sont bien gardés d'aller sur le terrain de la stipulation pour autrui.

Force est aussi de constater que toute donation indirecte doit respecter les conditions des donations prévues par le droit français, dont leur caractère irrémédiable : « donner et retenir ne vaut ».

Que dire alors d'un trust révocable par lequel le constituant peut reprendre à tout moment les biens qu'il a transférés au *trustee* ?

De la même manière, une donation indirecte ne peut comprendre des biens à venir conformément aux dispositions de l'article 943 du Code civil.

Continuons notre analyse.

- « [...] qui, ayant reçu effet au moment du décès du donateur par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour ».

Quels sont donc les éléments constitutifs d'une libéralité qui se trouvent réunis au décès du constituant ?

Selon les dispositions de l'article 894 du Code civil, l'existence d'une donation suppose la réunion de trois éléments indissociables :

- o L'intention libérale, ou *animus donandi* (on revient aux sources latines !) : il est patent que, dans le contexte de la création d'un trust familial, le *settlor* (ou constituant) est animé d'une intention libérale à l'égard des bénéficiaires, laquelle est clairement exprimée dans l'acte constitutif du trust. Ce premier élément est donc caractérisé.
- o Le dépouillement du donateur, ou *traditio* : la libéralité doit entraîner un dessaisissement irréversible du donateur et le transfert de la propriété d'un bien ou d'un droit.
C'est bien le cas dans le cadre d'un trust, le constituant aliénant la propriété du *corpus* entre les mains du *trustee*.
La question est toutefois de savoir si ce dessaisissement est définitif ou non, comme mentionné plus haut. Nous y reviendrons.
- o L'acceptation du bénéficiaire, ou *acceptatio* : le donataire doit expressément accepter la donation dont il est bénéficiaire.

Selon les dispositions de l'article 932 du Code civil, l'acceptation d'une donation ne peut intervenir que du vivant du donateur. À défaut, la donation est nulle et de nul effet. Une acceptation *post mortem* est sans effet.

Or, dans le cadre de la décision de la Cour de cassation, la réunion de tous les éléments de la donation intervient au décès du constituant au moyen de la remise des biens mis en trust, laquelle entraînerait l'acceptation de cette donation par les bénéficiaires. Cette remise ne peut toutefois intervenir qu'après le décès du constituant. Tant qu'il est vivant, le trust existe.

Ce n'est donc qu'un instant de raison après le décès du constituant que peut être caractérisée une acceptation par les bénéficiaires d'une prétendue donation

à cause de mort. Et selon la règle de l'article 932 du Code civil, celle-ci serait forcément nulle.

Cet arrêt Zieseniss, rendu en 1996, apparaît en fait comme précurseur sur cette question. En effet, la Cour de cassation a précisé par la suite que l'acceptation d'une donation dans les formes prescrites par l'article 932 du Code civil n'est exigée que pour la donation passée en la forme authentique, et « peut résulter de l'attribution du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie³³ », elle-même qualifiée de donation indirecte.

Il faut relever aussi que depuis la création de la fiducie, il a été introduit dans le Code général des impôts une nouvelle forme de libéralité (sur le plan fiscal toutefois) : le transfert sans contrepartie, qui ne nécessite donc pas l'acceptation du bénéficiaire, mais juste l'appréhension matérielle des biens ou des droits transférés³⁴.

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

Cette décision illustre en fait le défaut des juridictions françaises de vouloir qualifier l'institution de trust au regard des règles françaises et la faire entrer de force dans un habit qui ne lui convient pas (à l'instar de notre précédent jeu enfantin !).

Il ne s'agit en fait ni d'un legs ni d'une donation indirecte, qualificatifs totalement inappropriés.

En l'absence de dispositions spécifiques de la loi française, le trust reste une institution originale de droit étranger – en l'occurrence de droit américain –, dont la nature doit s'apprécier par rapport à la loi d'autonomie, dès lors qu'il a été constitué en conformité avec cette loi. Il ne s'agit donc pas de procéder à un classement dans des catégories juridiques françaises, mais de le reconnaître en tant que libéralité soumise à une règle étrangère et d'en rechercher *les effets* dans notre droit successoral.

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

Or, là repose la critique essentielle. Dans l'affaire Zieseniss, la Cour de cassation ne se contente pas, comme elle

l'aurait dû par une analyse de la loi d'autonomie, d'appliquer au trust le régime successoral des donations ou des legs ; elle considère que celui-ci **réalise de manière générale une donation indirecte qui prend effet au jour du décès du constituant**.

Elle méconnaît ainsi l'effet immédiat du trust à l'égard des bénéficiaires qui résulte du transfert à leur profit de « la propriété équitable ».

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

Que dire ensuite de la notion de *donation indirecte* retenue par la Cour de cassation ? Indirecte parce que se réalisant par l'entremise d'un tiers : le *trustee* !

Voilà qui est juridiquement bien surprenant et ignore totalement, comme nous l'avons vu, la notion de stipulation pour autrui. Mais il est vrai que la consolidation rétroactive des droits du bénéficiaire qui s'attache à la stipulation pour autrui aurait ruiné l'argumentaire de nos magistrats suprêmes !

La Cour de renvoi³⁵ n'a pas suivi la Cour de cassation dans ses raisonnements juridiques.

Elle a, dans un premier considérant, renvoyé aux règles de droit américain (loi d'autonomie) pour rechercher ensuite les effets du trust au travers de ses caractéristiques propres (révocables ou irrévocables) et de la réalité du dévouement du constituant, « considérant qu'il ressort de ces textes (art. 923, 925 et 926 C. civ.) que l'ordre des réductions est à la fois fondé sur le principe de l'irrévocabilité des donations et sur la date du dessaisissement du disposant et d'acquisition de ses droits par le gratifié. ».

La vraie question en matière de trust est donc celle, non pas de l'acceptation (la question semblant désormais réglée depuis la décision précitée en matière d'assurance-vie), mais du caractère irréversible du dessaisissement du constituant lors de la constitution.

Ainsi, trust et droit civil ne seraient peut-être pas aussi incompatibles que cela – ce que savent depuis longtemps nos cousins canadiens !

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

Un dépouillement non définitif (trust révocable) renverrait aux effets des libéralités à cause de mort ou des legs

33. Cass. Ch. Mixte, 21 décembre 2007, *Bull. civ* n° 13, D.2008.

34. Article 792-0 bis du CGI.

35. CA Paris, 1^{er} ch., sect. G, 7.04.1999, audience solennelle ; *JurisData*, n° 1999-101348 ; D. 1999, IR p. 146 ; Dr. famille 1999, comm. 105, note B. BEIGNIER ; RTD civ. 1999, p. 687, note J. PATARIN ; D. 1999, jurispr., p. 683, note Y. LEQUETTE ; *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 685, note M. GORÉ.

pour les trusts testamentaires si leur efficacité devait être reconnue.

Gageons que cette analyse pourra un jour être reprise à bon compte, ce qui simplifierait grandement le règlement de nombre de successions.

Tout pourrait en effet être particulièrement simple dans le contexte actuel du droit civil français, qui apparaît propice à l'accueil de l'institution de trust en son sein.

L'article 929 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions, offre désormais la possibilité aux héritiers réservataires de renoncer par anticipation à l'action en réduction protectrice de leur droit³⁶. Cette même loi a supprimé les dispositions relatives à la prohibition des substitutions figurant à l'ancien article 896 du Code civil. Un instrument juridique existe

depuis 2007, la fiducie, le cadre fiscal des trusts a été posé en 2011.

Il suffirait donc de rendre à la fiducie l'une de ses fonctions essentielles, la transmission d'un patrimoine, et ainsi admettre qu'elle peut procéder d'une intention libérale dont la nature dépendra des dispositions prises (dépouillement irréversible ou non du constituant).

Rien ne s'opposerait plus alors à la ratification par la France de la Convention de La Haye.

Dès lors, la raison l'emporterait, et l'on reconnaîtrait au trust (ou à la fiducie transmission) sa transparence, sa souplesse et son efficacité.

Et le rêve deviendra réalité, mais il ne faut peut-être pas trop rêver. ■

36. Droit nouveau qui peut renforcer l'opinion selon laquelle la réserve héréditaire ne fait plus partie de l'ordre public français.