

LES TRUSTS ÉTRANGERS FACE À LA FISCALITÉ FRANÇAISE

JEAN-PHILIPPE MABRU

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

Les relations entre l'administration fiscale française et le trust anglo-saxon sont depuis longtemps empreintes de défiance et de suspicion. L'opacité que l'on croit y voir donne insidieusement à penser que tout recours à cet instrument sous-entend une volonté de dissimulation et de soustraction à l'impôt.

C'est ainsi que M. le Député Jean-Pierre BRARD, Rapporteur à la commission des finances de l'Assemblée nationale, le présentait en 1999¹, en ces termes choisis :

« La reconnaissance des trusts, des fiducies ou des institutions équivalentes comme les *Stiftungen* du Liechtenstein est une autre caractéristique des paradis fiscaux.

On rappellera qu'il s'agit d'instruments essentiels d'optimisation fiscale de la gestion de la fortune privée [...]

Une catégorie très appréciée est celle des trusts d'accumulation, qui ne distribuent pas les revenus du patrimoine incorporé, mais procèdent à une capitalisation, pour des raisons fiscales notamment. [...]

Le trust est ainsi l'institution considérée au Royaume-Uni comme un instrument ayant permis à la très grande fortune de se perpétuer, en éludant les impôts et droits qui auraient été normalement dus. Les îles anglo-normandes sont réputées pour cette pratique. [...]

Le principal avantage du trust reste, cependant, pour les personnes tentées par la grande fraude fiscale et financière internationale, son manque de transparence. Seul, le gestionnaire ou trustee est connu par les bénéficiaires. Votre Rapporteur a ainsi pu remarquer lors de ses déplacements sur place, dans des centres des impôts, combien les recherches étaient difficiles lorsque des vérifications portent sur des trusts. [...]

Dès lors, on conçoit qu'il convient de conserver l'incertitude actuelle sur le statut des trusts en droit français, qui, malgré plusieurs points correctement éclaircis, conserve

encore certaines zones d'ombre quant à leur statut fiscal. Cela ne peut que préserver notre pays du développement inopportun de cet instrument, à partir de montages juridiques effectués à l'étranger.

Cette dernière remarque conduit votre Rapporteur à émettre la même réserve vis-à-vis de la création en France d'un régime de la fiducie, qui ne serait qu'un trust déguisé, et permettrait, sous couvert de préoccupations relatives à l'unité du patrimoine qui peuvent être prises en compte dans le cadre autre de la société civile ou de la société commerciale, d'obtenir, à terme, des avantages fiscaux indus pour les détenteurs de très grosses fortunes, en termes d'impôt sur la fortune, d'impôt sur le revenu et de droits de mutation à titre gratuit (successions ou donations). »

Une lecture plus attentive du rapport de la Commission des Finances incite plutôt à penser que ses rédacteurs ont confondu (volontairement ou non) l'instrument juridique qu'est le trust avec le cadre légal du pays d'accueil, le paradis fiscal.

Treize ans plus tard, et postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau statut fiscal des trusts étrangers en France, le même système de pensée était encore à l'œuvre à l'occasion de la présentation d'un autre rapport², dans lequel M. Éric Bocquet soulignait que : « Force est de supposer que **cet "outil" patrimonial anglo-saxon a donné lieu à des phénomènes massifs d'évasion fiscale.** Me Claude Dumont-Beghi³ a ainsi qualifié les montages mis en œuvre de "leurres" en insistant sur leur **extrême opacité** : "Imaginez un marionnettiste et des marionnettes : un trust fonctionne de la même manière." »

Nous avons déjà observé le même commentaire sur les origines du trust qui, pour certains auteurs, serait né d'une volonté de fraude fiscale à l'époque élisabéthaine⁴.

Le cadre est on ne peut mieux posé : le trust est un instrument de fraude fiscale pour les grosses fortunes.

1. Rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale le 8 septembre 1999 par la Commission des Finances, de l'Économie et du Plan sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.
2. Rapport n° 673 (2011-2012) de É. BOCQUET, fait au nom de la Commission d'enquête Évasion des capitaux, déposé le 17 juillet 2012.
3. Audition de Me DUMONT BEGHI, avocate, dans le cadre de l'affaire Wildenstein.
4. G. DROZ, *Juriste Successions internationales*, Fasc. 20.

Ainsi, et pendant de très longues années, le champ fiscal des trusts étrangers a été laissé en friche, et leur appréhension dans l'environnement français soumis à l'arbitraire des services fiscaux et aux fluctuations des décisions jurisprudentielles (très rares, il est vrai).

Nous avons déjà constaté, dans un précédent article de cette revue⁵, que la jurisprudence française reconnaissait la validité des trusts constitués à l'étranger, mais il n'était pas toujours possible de qualifier les relations juridiques résultant d'un trust au regard des catégories de droit interne pour en déduire la fiscalité applicable. Selon M. Bocquet (rapport précité), « Ces incertitudes sur le régime fiscal des trusts étaient de nature à faciliter le recours à cet instrument à des fins d'évasion fiscale. »

L'ensemble n'étant pas sans rappeler certains dialogues fameux de Michel Audiard : « Il ne comprend rien au présent, rien au passé, rien à l'avenir, enfin rien à la France, rien à l'Europe, enfin rien à rien... Mais il comprendrait l'incompréhensible dès qu'il s'agit d'argent⁶. »

C'est dans ce contexte que le 29 juillet 2011⁷, a été adoptée la loi de finances rectificative pour 2011 qui, dans son article 14, met en place un statut fiscal des trusts étrangers en France.

Dans son rapport au Sénat, en vue de l'adoption de la loi, le sénateur Marini relevait que l'« absence de droit écrit a abouti à une jurisprudence au cas par cas, peu sécurisante tant pour l'État que pour ces structures. La taxation repose donc assez largement sur un examen au cas par cas des actes de trust. Dès lors, en l'absence de règle d'imposition précise en droit français, **il apparaît possible de recourir à des trusts irrévocables et discrétionnaires à des fins d'évasion fiscale** : en particulier, des constituants ou des bénéficiaires pourraient conserver, en pratique, la maîtrise des actifs du trust au travers de montages complexes ou de lettres confidentielles autorisées par certains États tout en paraissant avoir aliéné leur patrimoine du point de vue des autorités françaises⁸. »

On ne pourrait mieux introduire ce nouveau régime fiscal des trusts étrangers en France qu'en reprenant les observations de M. Bocquet dans son rapport sur la fraude et l'évasion fiscales :

« Bien qu'ayant signé la Convention de La Haye, la France ne l'a pas ratifiée. En conséquence : ce dispositif n'a pas été transposé en droit interne.

Néanmoins, il n'y est pas totalement étranger. Tout d'abord, un régime de transfert de biens similaire, mais

distinct, a été introduit en droit français en 2007 : la fiducie.

Puis, afin de mettre fin à une certaine insécurité juridique résultant de l'utilisation des trusts anglo-saxons, la première loi de finances rectificative pour 2011 en a posé une définition accompagnée de celle de son constituant. Ensuite, elle a prévu l'imposition des trusts aux droits de mutation à titre gratuit, à l'ISF ainsi qu'à une nouvelle taxe s'agissant des trusts qui n'auraient pas été déclarés au titre de l'ISF.

Les nouvelles dispositions s'appliquent si l'une des conditions suivantes est remplie :

- le constituant, au sens fiscal français, est domicilié en France ;
- le bénéficiaire est domicilié fiscalement en France ;
- l'actif, mobilier ou immobilier, est situé en France.

Ces nouvelles règles ont été associées à des obligations déclaratives à la charge de l'administrateur concernant d'une part, la constitution, la modification, les termes ou l'extinction du trust et toutes stipulations éventuelles complémentaires, ainsi que d'autre part, l'ensemble des biens valorisés au 1^{er} janvier de l'année.

Toutes les transmissions à titre gratuit, réalisées par le biais d'un trust, étant désormais soumises aux droits de mutation, **la violation des nouvelles règles est constitutive de fraude fiscale.** »

L'objectif de la règle fiscale est donc d'appréhender le trust étranger⁹ par transparence tant au niveau des intervenants (essentiellement constituant et bénéficiaire) que des actifs (aux fins de l'impôt sur la fortune et des droits de mutation à titre gratuit).

En fait, le dispositif fiscal français considère le trust, en faisant totalement abstraction de sa nature et de ses caractéristiques propres, de deux manières très différentes selon les impôts concernés, comme nous le verrons ci-après :

- en tant qu'entité interposée entre un patrimoine et son ou ses bénéficiaires dans le cadre de l'impôt sur le revenu, en limitant l'imposition aux seuls revenus non capitalisés compris dans le montant d'une distribution (régime très proche de celui existant pour l'assurance vie où l'impôt n'est prélevé qu'à l'occasion des retraits, sans pour autant bénéficier de ses taux attractifs) ;
- en l'ignorant totalement en matière d'impôt sur la fortune et de droits de mutation à titre gratuit (droits de

5. « Le trust dans l'ordre successoral français ».

6. *Les Tontons flingueurs*, film de G. LAUTNER, 1963.

7. Loi 2011-900 du 29 juillet 2011 – article 14.

8. Travaux préparatoires première loi de finances rectificative pour 2011 (loi 2011-900 du 29 juillet 2011 – article 14) – Rapport Marini, Sénat.

9. Ainsi que toutes autres entités similaires ou analogues, telles les fondations privées.

donation et droits de succession) où la transparence est la norme.

Il est vrai que la réforme de 2011 n'a concerné principalement que l'ISF et les droits de donation et succession. Il existait déjà dans notre arsenal fiscal des règles anti-abus jugées suffisantes – à un petit aménagement près – en matière d'impôt sur le revenu (articles 120,9 et 123 bis du CGI), alors que le terrain était vierge pour les autres catégories d'impôts, et il convenait de mettre fin aux pratiques erratiques (bien que peu nombreuses) des tribunaux.

I. LA DÉFINITION DU TRUST EN DROIT FISCAL FRANÇAIS

L'article 792-0 bis du Code général des impôts (« CGI ») définit le trust comme « l'ensemble des relations juridiques créées, dans le droit d'un État autre que la France, par une personne, qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens 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 ».

Ce texte est en fait très proche de la rédaction de l'article 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qui considère que le trust se définit par « 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 ».

La définition française englobe néanmoins un champ plus large¹⁰ et ne concerne que les relations nouées sous l'empire d'une loi autre que celle de la France¹¹.

Selon les commentaires du sénateur Marini, cette définition n'aboutit donc pas à créer les trusts en droit français, mais à permettre la qualification de structures étrangères de trust au regard du droit fiscal français.

Il n'est donc pas possible de mettre en place des trusts en France¹² et les règles fiscales instaurées en 2011 ne visent qu'à établir le champ et les modalités de l'imposition en France des trusts constitués à l'étranger¹³.

Cette définition met en relation trois personnes distinctes : le constituant, l'administrateur et le ou les bénéficiaires.

Très logiquement, le constituant est la personne physique qui a directement créé le trust. Il est prévu toutefois que lorsque le trust a été mis en place par une personne physique ou morale agissant à titre professionnel¹⁴, le constituant n'est non pas celui mentionné dans le *trust deed*, mais la personne qui aura transféré ses actifs au sein du trust lors de la constitution ou ultérieurement¹⁵.

Les bénéficiaires sont ceux désignés comme devant recevoir les revenus et/ou le capital (*corpus*) du trust pendant son cours ou à son terme. Le bénéficiaire pourra être, comme c'est souvent le cas en droit anglo-saxon, le constituant lui-même durant sa vie.

L'article 792-0 bis-II-3 du CGI prévoit aussi que le bénéficiaire soit réputé constituant du trust dans certaines circonstances :

- lorsque le constituant d'origine est décédé avant le 31 juillet 2011 (date d'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 2011) ;
- pour ceux qui entrent dans le champ des droits de mutation à titre gratuit dans les conditions prévues à l'article 792-0 bis-II-1 et 2 du CGI.

Le but de cette fiction fiscale est, à l'instar de la *Generation Skipping Tax* américaine, de pouvoir imposer les transmissions successives au sein d'un même trust. Ainsi, et comme nous le verrons plus loin, au décès du constituant, les premiers bénéficiaires seront réputés être constituants à leur tour au regard des bénéficiaires en second, et ainsi de suite jusqu'à la distribution définitive des actifs du trust, chaque transmission successive faisant l'objet d'un assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit, et à l'impôt sur la fortune le cas échéant.

Assez logiquement enfin, la loi ne définit à aucun moment la notion d'administrateur (ou *trustee*). Elle n'a en effet pas pour objet de mettre en place un trust en droit français. Pourtant, l'administrateur du trust sera institué redevable de l'impôt dans certaines circonstances¹⁶.

II. L'IMPOSITION DES REVENUS DES TRUSTS

2.1. L'article 120, 9^o du CGI, modifié par la loi de finances rectificative pour 2011 prévoit que les produits distribués par un trust étranger à un bénéficiaire résident de France soient imposables (quelle que soit leur nature réelle, revenus financiers, plus-values ou revenus fonciers) dans la catégorie des revenus de valeurs mobilières étrangères.

10. La définition ainsi donnée est susceptible, outre le trust anglo-saxon, de concerner les fondations privées existant dans certaines législations étrangères (Belgique, Pays-Bas, Liechtenstein...).

11. Le régime fiscal de la fiducie est posé à l'article 792-0 du CGI.

12. Ni même pour un résident français d'y procéder sans s'exposer à une lourde sanction fiscale, comme nous le verrons dans la suite de nos développements.

13. Sont toutefois exclus du champ de l'imposition les *trusts caritatifs* ainsi que les *trusts retraites* entrant dans la définition donnée à l'article 795 du CGI.

14. Sont ici concernées les établissements financiers, *trusts companies* ou *trustees* professionnels.

15. Article 792-0 bis-I-2 du CGI. Selon les travaux parlementaires, le législateur a ainsi voulu appréhender les cas où le constituant est « en apparence » une société, alors que le constituant « réel » est une personne physique pour le compte de laquelle le constituant agit et qui n'est qu'une « façade ».

16. Prélèvement spécifique sur la détention des avoirs placés dans le trust et droits de succession *sui generis* visés aux articles 990 J et 792-0 bis-II-2 du CGI.

Ne sont ici concernés que les seuls produits distribués, et non ceux capitalisés au sein du trust qui tombent, comme nous le verrons par la suite, dans le champ des droits de mutation à titre gratuit.

Aux fins d'assujettissement à l'impôt, il convient donc de dissocier, dans la distribution effectuée par le *trustee*, la fraction prélevée sur les actifs qui relèverait des droits de mutation à titre gratuit, et celle issue des produits qui entrent dans le champ de l'impôt sur le revenu. Il appartient au bénéficiaire de la distribution de justifier de cette répartition.

Globalement, ces produits distribués et non capitalisés seront considérés du point de vue français comme des revenus de valeurs mobilières étrangères et imposés comme tels. Cette catégorisation n'a cependant plus vraiment de portée pratique de nos jours, puisque la distribution sera, comme tous les revenus et gains en capitaux financiers, assujettie à la *flat tax* de 30 % (12,8 % d'impôt et 17,2 % de prélèvements sociaux).

Il est bien entendu aussi que les contribuables concernés pourront se prévaloir, le cas échéant, des dispositions des conventions fiscales bilatérales dont ils pourraient bénéficier.

Tel est le cas notamment des contribuables de nationalité américaine, résidents de France, qui peuvent profiter du mécanisme particulier de crédit d'impôt prévu à la convention franco-américaine du 31 août 1994 relatif aux revenus passifs de sources américaines.

L'article 24-2-b de cette convention prévoit en effet que les revenus dits « passifs » de source américaine (dividendes, intérêts, plus-values mobilières, gains sur marchés des options ou à terme – donc l'ensemble des revenus et produits de valeurs américaines) sont imposables en France, mais leur bénéficiaire a le droit d'imputer sur l'impôt ainsi perçu en France un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus. Ce crédit d'impôt couvre à la fois l'impôt sur le revenu lui-même et les prélèvements sociaux (regardés comme des impôts visés par l'article 2 de la Convention).

La question de l'imposition des revenus accumulés par les trusts et non distribués n'est pas directement abordée par la loi nouvelle. Il est simplement précisé qu'entrent dans le champ des droits de mutation à titre gratuit les biens ou droits composant un trust, ainsi que les produits qui y sont capitalisés. *A contrario*, les produits non capitalisés sont soumis à l'impôt sur le revenu lors de leur distribution.

Dans son rapport au Sénat, le sénateur Marini avait estimé que l'introduction de la notion de « distribution » per-

mettrait d'exonérer d'impôt les produits réinvestis dans les trusts, au motif que la modification ainsi introduite aurait eu pour objet d'aligner le droit applicable aux trusts sur celui qui existe, par exemple, pour les contrats d'assurance vie, en prévoyant que les produits non distribués ne soient pas imposés. À l'exception de ce rapport, aucune référence à cette question ne peut cependant être trouvée dans les débats parlementaires.

Dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2011, l'article 120,9 du CGI soumettait à l'impôt sur le revenu « les produits des trusts quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts ». Aucune distinction n'était faite selon que les produits étaient réinvestis ou non.

2.2. Il faut noter ensuite que si la rédaction de l'article 120,9 du CGI a été modifiée, tel n'est pas le cas de celle de l'article 123 bis du CGI prévoyant l'imposition des revenus accumulés dans certaines entités étrangères de gestion de portefeuille.

Ce texte permet à l'administration de soumettre à l'impôt en France les revenus capitalisés dans une entité étrangère de gestion de portefeuille, même si ceux-ci n'ont pas été distribués, à condition que cette entité bénéficie d'un régime fiscal privilégié et qu'elle soit détenue, directement ou indirectement, à hauteur d'au moins 10 % par une personne physique fiscalement résidente de France ; le texte vise non seulement les personnes morales, mais également les organismes, fiducies, aux institutions comparables établis ou constitués hors de France et soumis à un régime fiscal privilégié.

L'article 123 bis du CGI pose deux principes :

- la transparence fiscale de telles structures de gestion financière ;
- l'imposition d'un résultat fictif pour celles établies dans les ETNC.

Mis en place lors de l'adoption de la loi de finances pour 1999¹⁷ (très prolix en matière de lutte contre l'évasion fiscale), ce texte a fait l'objet de plusieurs modifications successives.

Il a tout d'abord été modifié et complété par la loi de finances rectificative pour 2009¹⁸, qui a, d'une part, intégré la situation des entités situées dans des ETNC et, d'autre part, ajouté une clause de sauvegarde applicable à celles situées au sein de l'Union européenne.

L'article 22, I-E de la loi du 30 décembre 2009 a ajouté à l'article 123 bis du CGI, sous un nouvel alinéa 4 ter, une disposition visant spécifiquement les entités situées dans un État ou un territoire non coopératif (ETNC), au sens de l'article 238-0 A du CGI, et aux termes de laquelle la condition de détention minimale de 10 % est présumée

17. Article 101 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998.

18. Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009.

satisfaite lorsque la personne physique a transféré des biens ou droits à une telle entité juridique (quelle qu'en soit la forme).

Dans une telle hypothèse, et du fait de la présomption de détention ainsi introduite, l'administration fiscale pourra se prévaloir de l'application des dispositions de l'article 123 bis dès lors qu'ils auront constaté un transfert de biens ou droits, sans avoir à apporter la preuve que la personne physique concernée détient une participation d'au moins 10 %.

Elle est ainsi autorisée à imposer la totalité des bénéfices ou revenus positifs de l'entité entre les mains du contribuable, sans que cette imposition puisse être inférieure à la base minimale d'imposition forfaitaire prévue au 3 de l'article 123 bis du CGI.

Le même alinéa 4 de l'article 22, I-E de loi du 30 décembre 2009 a aussi complété le texte de l'article 123 bis par un paragraphe 4 bis, selon lequel une personne physique détenant une participation d'au moins 10 % dans une entité juridique soumise à un régime fiscal privilégié, et établie ou constituée dans un État de l'Union européenne, peut échapper à l'imposition des résultats de cette entité en France si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de cette entité ne s'inscrit pas dans un montage artificiel, dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

Ainsi, aux termes de cette transparence fiscale, l'ayant droit économique d'une telle structure se trouve directement imposé sur les revenus dégagés par cette dernière (dans la limite de sa quote-part dans les droits de cette structure). En outre, la base taxable de ces revenus est majorée de 25 %.

Cette transparence fiscale découle, pour les ETNC et les États non conventionnés, d'une présomption irréfragable selon laquelle un tel montage ne peut avoir pour seul but que la fraude fiscale.

Il ne s'agit en revanche que d'une présomption simple lorsque la structure est établie ou constituée dans un État membre de l'UE. Le contribuable peut alors apporter la preuve selon laquelle l'existence de la structure ne participe pas « d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française ». Si cette preuve est rapportée avec succès, le contribuable est exonéré du régime de transparence fiscale.

L'article 123 bis du CGI prévoit que, lorsque la structure en question est établie dans un État ou territoire non coopératif (ETNC), ou dans un État qui n'a pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France, son bénéfice ne peut être inférieur à un résultat fictif, ou

« revenu fictif », déterminé en multipliant le montant des actifs détenus par la structure au 1^{er} janvier de l'année considérée par un pourcentage, défini chaque année en application de l'article 39, I, 3^o du CGI.

Les décisions rendues le 1^{er} mars et le 6 octobre 2017¹⁹ par le Conseil constitutionnel ont remis partiellement en cause ce dispositif de dissuasion fiscale, en précisant que :

- Le régime de la présomption simple ouvert aux structures établies ou constituées dans un État de l'UE devait également s'appliquer aux structures situées en dehors de l'Union européenne, et ce quel que soit le pays d'implantation.
- Il devait être permis au contribuable d'apporter la preuve que sa participation à une entité établie hors de France n'avait ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude ou d'évasion fiscale, la localisation de revenus hors de France, et que le revenu réellement perçu est inférieur au revenu fictif. Si cette preuve est apportée avec succès, l'imposition aura lieu sur le montant du revenu réel. Cela n'écarte certes pas la majoration d'assiette de 25 %, mais rétablit une cohérence entre le revenu perçu et le revenu imposé.

Cette décision emportait des conséquences importantes quant à la fiscalité applicable en matière de trust et de fondation.

Le champ d'application de l'article 123 bis du CGI se trouvait réduit. Une telle structure pouvait désormais être constituée dans n'importe quelle juridiction, à condition qu'il soit justifié que son existence ne participe pas d'un montage artificiel, dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

Ainsi, les contribuables français, bénéficiaires d'un trust ou d'une fondation, dès lors qu'ils auront correctement déclaré l'existence de la structure auprès de l'administration fiscale et, le cas échéant, mentionné les avoirs qu'ils y détiennent indirectement dans leur déclaration de patrimoine, ne devaient plus supporter d'imposition prohibitive. En d'autres termes, celui qui est bénéficiaire d'une telle structure ne sera plus irrémédiablement considéré comme un fraudeur.

Cela permet également de ne pas systématiquement exclure les résidents français des planifications patrimoniales organisées autour d'un trust (ou d'une fondation) par des constituants (ou fondateurs) qui résident à l'étranger, dans un État où le recours à ce type de structure est possible.

En effet, le trust constitue, à l'instar du testament ou de la donation, un moyen de préparer la transmission de son patrimoine d'une façon très précise et très sécurisante.

19. Décisions n° 2016-614 du 1^{er} mars 2017 QPC 15 décembre 2016 et n° 2017-659 du 6 octobre 2017 QPC 7 juillet 2017.

Les modalités d'application de l'article 123 bis du CGI sont ensuite nuancées par la remise en cause de l'imposition systématique d'un revenu fictif, quand l'entité juridique concernée est établie dans un ETNC ou dans un État non conventionné. Dès lors que le contribuable est en mesure de prouver l'existence d'un revenu réel inférieur au revenu fictif, ce qui est souvent le cas en pratique, il sera imposé sur le revenu réel (après une majoration de l'assiette de 25 %).

La loi de finances rectificative pour 2017²⁰ a dès lors procédé à une nouvelle modification de l'article 123 bis du CGI, en reprenant partiellement les réserves exprimées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions.

Dans sa dernière rédaction, l'article 123 bis n'est donc plus applicable lorsque l'entité concernée est située dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative, en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des impositions.

Il appartient à l'administration de démontrer que l'opération résulte d'un montage artificiel.

La question reste toutefois de savoir dans quelles circonstances les bénéficiaires de trusts étrangers peuvent être regardés comme détenant 10 % au moins des droits financiers.

En dehors de l'hypothèse des trusts situés dans de tels paradis fiscaux, l'application éventuelle de l'article 123 bis peut cependant rester aléatoire en l'absence de droits dans les trusts qui seraient détenus ou réputés détenus par le constituant ou les bénéficiaires²¹.

Il peut être relevé que l'inexistence de principe de droits dans les trusts avait d'ailleurs été soulignée par le ministre du Budget dans un rapport sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales par le biais de paradis fiscaux²².

À cette occasion, le ministre, commentant la situation des trusts, notamment au regard de l'ISF, avait fait état (dans le contexte de l'époque) d'un « vide juridique » sur la question, confirmé par un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre²³, et avait indiqué qu'en l'absence de distribution, toute taxation des bénéficiaires serait im-

possible en raison de « l'absence de créance caractérisée des bénéficiaires en cas de trust discrétionnaire ».

Certes, ces commentaires sont antérieurs à la réforme opérée en 2011, mais l'article 123 bis n'ayant pas été modifié ni complété à cette occasion, la constatation de l'absence de droits pourrait dans nombre de cas suffire à écarter l'article 123 bis du CGI.

Dans certaines situations, le bénéficiaire est investi d'un véritable droit réel qui lui permet de poursuivre le trustee en paiement des revenus et du capital. Tel est le contexte des trusts simples, où le trustee a l'obligation de distribuer tous les revenus aux bénéficiaires désignés ainsi que le capital aux termes du contrat. La « propriété équitable » dont sont alors investis le ou les bénéficiaires pourrait s'apparenter à un véritable droit de créance à l'encontre du trustee justifiant l'application de l'article 123 bis du CGI.

À l'opposé, les bénéficiaires d'un trust complexe ou discrétionnaire ne disposent d'aucun droit réel sur les revenus ou le capital du trust ni d'aucune action leur permettant d'obliger le trustee à procéder à des distributions à leur profit. Ils peuvent simplement l'obliger à respecter les obligations que lui impose l'acte de trust. Leur droit est alors plus personnel que réel, et il s'apparente à la notion de droit extrapatrimonial²⁴.

La situation du bénéficiaire est encore plus radicale dans les accumulations trusts, où aucun revenu n'est distribué pendant une durée prédéfinie.

La charge de la preuve est néanmoins renversée et il appartient désormais au bénéficiaire de démontrer son absence totale de droits.

Une décision de la Cour d'appel administrative de Paris²⁵ vient d'apporter sur cette question un éclairage fort opportun.

Cette décision concerne plusieurs trusts constitués aux Bermudes, territoire avec lequel la France n'a, à l'évidence, pas conclu de convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des impositions. Le litige portait toutefois sur une période où la nouvelle rédaction issue de la refonte de 2017 n'était pas applicable.

20. Loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017.

21. Tel pourrait notamment être le cas des trusts irrévocables ou discrétionnaires.

22. Rapport présenté le 2 avril 2008 devant la Commission des finances de l'Assemblée nationale (*Droit fiscal*, n° 16, 17 avril 2008, comm. n° 273 ; FR 19/08 inf. 15).

23. Sous l'empire de l'ancienne législation, il avait été jugé, à propos d'une résidente de France qui recevait des sommes en provenance de trusts discrétionnaires américains, que la bénéficiaire n'était pas passible de l'ISF, faute d'être titulaire de droits dans le trust (TG1 Nanterre 4-5-2004 n° 03-9350, 2^e ch., Poillot RIF 11/04 ri 120 0 ; cf. *infra*).

24. Notion que nous retrouverons, pour une analyse similaire, dans le cadre de l'impôt sur la fortune.

25. CAA Paris, 2^e ch., 24 juin 2020 n° 19PA0458, inédit.

En tout état de cause, et pour les années concernées, les Bermudes ne figuraient pas sur la liste des ETNC.

Il s'agissait donc pour la Cour, se référant alors à la décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2017, de déterminer si l'opération peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel, dont le but serait de contourner la législation fiscale française, et si les personnes concernées détiennent des droits financiers dans les trusts en question.

De l'analyse factuelle de la situation, les juges ont déduit que :

– « Les trusts en cause ont été constitués en 2004 et 2008, alors que M. F... n'était pas résident fiscal français, dans le cadre d'opérations de restructuration provoquées par un conflit avec ses partenaires économiques, et avaient pour but principal de protéger la fortune de sa famille compte tenu de l'âge de M. F..., de sa situation matrimoniale et du jeune âge de ses enfants. Dès lors, à supposer même que les requérants puissent être regardés comme détenant des droits dans ces structures, une telle détention ne saurait être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française. »

– « Les trusts "*Santa Trust*", "*the General Trust*" et "*the Maritime Trust*", situés aux Bermudes, auxquels ont été transférés des actifs appartenant à M. F... et sa famille, ont un caractère irrévocable et discrétionnaire.

M. et Mme F... ne détiennent aucune action, part ou droit de vote dans ces trusts. S'ils peuvent être amenés à percevoir les bénéfices réalisés par le trust, il est constant que la décision de distribuer des bénéfices et la fixation du montant des distributions est à la discrétion du trustee, soit la société Boston Trust, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elle serait contrôlée par M. F... et sa famille. Les requérants ne sauraient par suite être regardés comme détenant des droits financiers dans les trusts "*Santa Trust*", "*the General Trust*" et "*the Maritime Trust*" et sont par suite fondés à soutenir que, contrairement à ce que fait valoir le ministre, les dispositions du 1 de l'article 123 bis du Code général des impôts ne leur sont pas applicables au motif qu'ils détiendraient de tels droits. »

Ainsi, le trust n'étant pas situé dans un ETNC, l'application de l'article 123 bis du CGI a été écartée par la Cour d'appel, faute de pouvoir caractériser au niveau des bénéficiaires des trusts l'existence « d'actions, parts, droits financiers ou droits de vote » dans le trust.

En outre, il est intéressant de relever que dans cette décision, la Cour reconnaît que les motifs patrimoniaux mis en avant par les contribuables permettent d'écarter toute volonté de mise en place d'un montage frauduleux

d'évasion fiscale (aidés sans doute en cela par le fait qu'à l'époque de la constitution des trusts, ils n'étaient pas résidents français).

Cette solution semble en tout état de cause avoir vocation à s'appliquer à tous les trusts discrétionnaires (hors ETNC).

Reste à savoir ce qu'en pensera le Conseil d'État, le cas échéant.

III. L'IMPÔT SUR LA FORTUNE

3.1. Dans le régime antérieur à la loi de 2011, la question de l'intégration des trusts dans le contexte de l'impôt sur la fortune français a soulevé de très nombreux débats.

Quel est donc le redevable de l'impôt ? Le *trustee*, car c'est lui, le propriétaire apparent, le constituant car il est à l'origine du trust (mais il n'est pour autant plus propriétaire), le ou les bénéficiaires, qui ont effectivement un droit à appréhender les actifs du trust (mais uniquement à terme), ou plus simplement personne, car il n'y a pas de propriétaire des biens au sens de l'impôt sur la fortune ?

L'administration fiscale penchait pour l'assujettissement du bénéficiaire à l'impôt, considérant qu'il était titulaire de droits réels sur les biens mis en trust.

Le tribunal de grande instance de Nanterre a finalement eu à débattre de cette question²⁶, avec un argumentaire plutôt imparfait, au regard du bénéficiaire du trust, laissant la question pendante pour ce qui est du *trustee* ou du constituant.

Au visa des articles 885-E, 885-D et 752 du Code général des impôts, le tribunal de Nanterre a considéré, à l'inverse de la thèse de l'administration fiscale, que le bénéficiaire d'un trust discrétionnaire pour lequel ce dernier n'a aucun pouvoir de décider des distributions de revenus, ne dispose pas sur les actifs mis en trust d'un droit de propriété taxable à l'impôt sur la fortune. Il ne peut donc être imposé à ce titre.

Trois éléments du raisonnement ayant conduit le magistrat à rendre cette décision méritent notre attention :

– En premier lieu, le tribunal pose le cadre de sa définition par référence au texte de l'article 885-E du CGI, qui définit l'assiette de l'ISF et celui de l'article 885-D qui en précise le mode d'évaluation.

Toutefois, et de manière très surprenante, il relie ces deux dispositions à celle de l'article 752 du CGI qui « édicte une présomption de propriété sur les actions, obligations, parts sociales, créances, etc., dont le contribuable a perçu les revenus ».

26. TGI Nanterre, 2^e ch., n° 2004/147, 4 mai 2004, Poillot c/Dir. des services fiscaux des Hauts-de-Seine.

Or, la présomption de propriété de l'article 752, tout comme celle de l'article 751, ne concerne que les successions, et son domaine ne peut pas être étendu à celui de l'ISF.

En effet, le juge de Nanterre a omis de mentionner dans sa décision la suite de ce texte, à savoir : « ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès ». Le champ d'application de ce texte est limité au domaine successoral, et la Cour de cassation en a, par ailleurs, singulièrement réduit la portée (à tel point que l'administration fiscale n'invoque plus la présomption de l'article 752 du CGI, pour procéder à la réintégration à l'actif de la succession des sommes retirées des comptes bancaires du défunt dans les douze mois précédents son décès).

En matière d'impôt sur la fortune, le seul renvoi qui est fait aux règles régissant la fiscalité des successions concerne l'évaluation des biens assujettis à l'impôt, mais pas leur définition.

De surcroît, aucune des parties n'avait soulevé ce fondement juridique dans ses écritures ; seul le tribunal a cru bon de le relever d'office.

Ces deux points auraient suffi pour que la décision soit censurée par la Cour d'appel de Versailles, voire, si nécessaire, par la Cour de cassation. Mais l'administration n'a pas fait appel de cette décision (ou oublié de le faire).

Néanmoins, on peut peut-être imaginer que par cette mention, les juges de Nanterre ont voulu signifier à l'administration fiscale que si la question de la taxation des actifs d'un trust leur était posée en matière successorale sur le fondement de la présomption de l'article 752 du CGI, leur position serait la même eu égard aux autres développements de leur jugement au sujet de la nature du trust.

Un tel débat peut paraître toutefois surabondant, car la question essentielle repose au préalable sur la détermination d'un bien ou d'un droit réel entrant dans le champ d'application des dispositions de l'article 885-E du CGI.

– Ensuite, et dans la ligne de la position prise depuis longtemps par la Cour d'appel de Paris²⁷, qui résiste à la Cour de cassation, le tribunal de Nanterre retient que le trust est une institution de droit anglo-saxon qui s'établit au moyen d'un acte.

On revient donc à la source contractuelle du trust qui doit, conformément aux règles de droit international privé, s'analyser en fonction de sa loi d'autonomie, à savoir celle choisie par les parties dans le contrat. Et c'est par référence au droit américain que le tribunal de Nanterre constate qu'il existe de multiples formes de trusts, et que

les droits des bénéficiaires peuvent être plus ou moins étendus.

Pour le cas qui lui était soumis, le tribunal a repris les dispositions contractuelles et en a déduit que le contrat ne conférait aucun droit de propriété quelconque à la bénéficiaire sur les actifs mis en trust ; bien au contraire, il lui déniait tout droit de ce type, laissant au surplus au trustee tous pouvoirs d'appréciation sur les distributions de revenus.

L'approche était ici très pragmatique et conforme à ce qu'elle devait être. C'est à partir de l'acte juridique qu'il convient d'apprécier les droits et obligations des parties ou des tiers, et non comme l'a malencontreusement fait la Cour de cassation dans l'affaire Zieseniss²⁸ par une extrapolation au travers du droit français.

Comme l'a rappelé fort à propos le tribunal de Nanterre, le trust reste une institution originale de droit étranger, dont la nature doit s'apprécier par rapport à la loi d'autonomie et les droits des parties intéressées en fonction des dispositions de l'acte lui-même. Le droit français ne peut donc appréhender que les conséquences dudit acte.

– Enfin, et c'était sans doute là le point le plus intéressant de cette décision, mais aussi le plus frustrant tant la motivation était faible : le tribunal de Nanterre considère que le fait, pour le bénéficiaire, de recevoir des distributions d'un trust ne suffit pas à établir l'existence d'un bien ayant une valeur patrimoniale, au sens de l'article 885-E du CGI.

Plus précisément, le tribunal a estimé que l'administration ne rapportait pas la preuve de l'existence d'un tel bien ou droit réel.

Il avait tiré cette conclusion de l'analyse des dispositions de l'acte de trust, qui interdisent au bénéficiaire toute appréhension, quelle qu'elle soit, des actifs mis en trust.

Dès lors, le droit du bénéficiaire constituerait un droit extrapatrimonial sans valeur marchande.

Cette conclusion n'était toutefois pas expresse, mais seulement implicite, dans la mesure où le tribunal renvoyait à l'absence de preuve par l'administration de l'existence d'un bien taxable.

L'argument était cependant très fort, car la notion de biens ou droits extrapatrimoniaux n'est pas nouvelle en droit français. Elle recouvre tous les biens inaccessibles ou hors commerce.

C'est par exemple celle-ci qui est retenue par l'administration elle-même en matière de stock-options, droits personnels et inaccessibles, sans valeur marchande. Il est

27. CA Paris 10/01/1970, C. DE GANAY, *Rev. Crit.* 1971, 518, note DROZ ; CA Paris 1^{er} ch. Sect. G, audience solennelle, 07/04/1999, Zieseniss.

28. C. cass. 20/02/1996, JCP ed. G n^o 22,22647.

admis que les stock-options ne constituent pas des biens taxables pour l'impôt sur la fortune ni en matière de succession.

Il en va de même pour les contrats d'assurance vie non rachetables qui n'entraient pas dans l'assiette de l'ancien ISF.

L'application de ce principe aux droits du bénéficiaire d'un trust est très séduisante. Celui-ci dispose-t-il d'un droit négociable pouvant avoir une valeur patrimoniale ? Cette question rejoint celle développée plus haut au regard des dispositions de l'article 123 bis du CGI.

La réforme opérée par la loi de finances rectificative pour 2011 a tranché dans un tout autre sens et dans la logique de la vision par transparence des trusts ; l'ancien article 885 G ter du CGI a étendu aux trusts le principe appliqué en matière de fiducie : les biens et produits capitalisés d'un trust doivent être compris dans le patrimoine taxable du constituant du trust pour leur valeur vénale au 1^{er} janvier de l'année d'imposition.

Bien entendu, le constituant considéré ici est soit celui d'origine qui a transféré ses biens en trust, soit, en cas de décès du constituant d'origine, le bénéficiaire réputé constitué, tel que défini à l'article 792-O bis-II-3 du CGI.

À la suite de la suppression de l'ISF et de son remplacement par l'impôt sur la fortune immobilière en 2018²⁹, cette règle figure désormais sous l'article 970 du CGI. L'imposition est assise sur la valeur au 1^{er} janvier de chaque année des biens mentionnés à l'article 965 du CGI³⁰.

La position ainsi prise par le législateur français en 2011 fait totalement abstraction des stipulations de la convention de trust, et il a été entendu, toujours dans le même souci de contrer toute fraude ou évasion fiscale, que le principe d'assujettissement du constituant à l'impôt sur la fortune est totalement indépendant de la nature du trust.

Le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le 17 décembre 2017³¹ a cependant jugé que la présomption de rattachement au patrimoine du constituant (ou du bénéficiaire réputé constituant) des avoirs en trust n'est pas irréfutable, mais simple. Le constituant (ou le bénéficiaire réputé constituant) peut apporter la preuve que le

trust ne lui confère aucune capacité contributive³². Toutefois, cette preuve ne peut pas résulter uniquement du caractère irrévocable du trust et du pouvoir discrétionnaire de gestion de son administrateur.

À la suite de cette décision, le Conseil d'État³³ a annulé, pour excès de pouvoir, les paragraphes 60 et 70 du BOI-PAT-ISF-30-20-30, qui prévoient le rattachement systématique au patrimoine du constituant des avoirs en trust, indépendamment du contenu de l'acte de trust ou de la nature de celui-ci. Dans cette décision, il est jugé que « la présomption de rattachement au patrimoine du constituant des avoirs en trust n'est pas irréfutable mais simple. Le constituant doit pouvoir apporter la preuve que le trust ne lui confère aucune capacité contributive, cette preuve ne pouvant toutefois résulter uniquement du caractère irrévocable du trust et du pouvoir discrétionnaire de gestion de son administrateur. »

La réserve apportée *in fine* à la formulation des juges permet d'écarter les hypothèses où le dessaisissement du constituant dans un trust discrétionnaire irrévocable ne serait qu'apparent, et relèverait donc d'une simulation.

L'assujettissement du constituant à l'impôt sur la fortune doit dès lors s'apprécier au regard de l'acte de trust (contrairement à ce que souhaitait le législateur en 2011), en fonction des droits et obligations qui lui sont conférés ou imposés.

Le constituant étant le plus souvent bénéficiaire du trust, l'analyse devra s'effectuer au regard de la notion anglosaxonne de propriété équitable, dont le bénéficiaire se trouve investi dès la constitution du trust, laquelle est à géométrie variable et ne peut être directement et simplement appréhendée par notre théorie civiliste du droit de propriété.

Elle sera, on le comprend aisément, extrêmement délicate, et la question se posera alors de l'application éventuelle du prélèvement *sui generis* de l'article 990 J du CGI.

3.2. Règles de territorialité

L'imposition dans le cadre de l'IFI est bien entendu soumise aux règles de territorialité habituelles en la matière, à savoir :

29. Article 31 de la loi 2017-1837 du 30 décembre 2017.

30. Il s'agit ici de l'ensemble des biens immobiliers détenus directement ou indirectement (notamment au travers de sociétés, de contrats d'assurance vie ou de contrats de capitalisation) et figurant à l'actif du trust. Le constituant peut par ailleurs bénéficier des exonérations spécifiques applicables à certains biens immobiliers (terres agricoles, bois et forêts, immobilier professionnel).

31. Cons. Const. 15-12-2017 n° 2017-679 QPC (saisine du Conseil d'État QPC 25-9-2017 n° 412031). Tout en relevant « la difficulté, inhérente aux trusts, de désigner la personne qui tire une capacité contributive de la détention de tels biens, droits ou produits » et que le législateur « s'est fondé sur les critères objectifs et rationnels en fonction de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales », le Conseil constitutionnel a décidé que « les dispositions contestées ne sauraient toutefois, sans que soit méconnue l'exigence de prise en compte des capacités contributives du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant du trust, faire obstacle à ce que ces derniers prouvent que les biens, droits et produits en cause ne leur confèrent aucune capacité contributive, résultant notamment des avantages directs ou indirects qu'ils tirent de ces biens, droits ou produits ».

32. On revient ainsi à l'analyse développée au sujet de la décision du TGI de Nanterre.

33. CE 8^e ch. 7-2-2018 n° 412027, 412031 et 412412 : RJF 5/18 n° 550.

- lorsque le constituant est domicilié en France, tous les biens et droits immobiliers compris à l'actif du trust, où qu'ils soient situés, sont imposables³⁴ ;
- s'il n'est pas résident de France, seuls les biens et droits immobiliers situés en France sont imposables.

De la même manière, il convient, le cas échéant, de faire application des conventions fiscales signées par la France en matière d'impôt sur la fortune. Toutefois, si l'administration fiscale française a précisé dans ses commentaires que les règles de territorialité prévues à l'article 964 du CGI « s'appliquent sous réserve des conventions internationales », elle précise aussi « qu'une convention applicable à (l'ancien) ISF ne l'est pas nécessairement, un examen au cas par cas des stipulations conventionnelles étant nécessaire³⁵ ».

Il est clair qu'au sens strict, l'IFI n'est visé par aucune des conventions fiscales signées par la France. Toutefois, les conventions fiscales établies sur la base du modèle OCDE précisent qu'elles concernent aussi « les impôts de nature identique ou analogue qui seraient établis après la date de signature de la convention et qui s'ajouteraient aux impôts actuels ou les remplaceraient ». L'IFI étant venu se substituer à l'ancien ISF, et étant analogue à ce dernier, car impliquant une imposition d'un élément de fortune, on peut considérer que les conventions type OCDE ont bien vocation à s'appliquer à l'IFI.

Subsiste toutefois la problématique des conventions anciennes qui ne visent pas les impôts analogues et celles signées par la France postérieurement à l'entrée en vigueur de l'IFI, qui, si elles ne visent pas l'IFI, pourraient dès lors l'écarter de leur champ d'application.

Un doute avait été émis au sujet de la nouvelle convention entre la France et le Luxembourg du 20 mars 2018, qui ne se référait pas expressément à l'IFI, alors qu'elle a été conclue postérieurement à son entrée en vigueur. Cependant, la définition des « impôts visés » donnée à l'article 2 prévoit que « sont considérés comme impôts sur le revenu et sur la fortune les impôts perçus sur le revenu total, sur la fortune totale ou sur des éléments du revenu ou de la fortune ». Ainsi, même si le troisième alinéa, qui énumère les impôts français, vise « l'impôt sur la fortune » de manière générale et pas spécifiquement l'IFI, il ne fait guère

de doute que ce dernier doit bien être considéré comme couvert par la nouvelle convention³⁶.

3.3. Prélèvement *sui generis* de l'article 990 J

L'article 990 J du CGI prévoit un prélèvement spécifique sur les trusts qui suit les mêmes règles que celles de l'IFI, dont l'objet est de sanctionner les omissions ou déclarations irrégulières d'impôt sur la fortune.

Ainsi, le constituant ou les bénéficiaires réputés constituants d'un trust étranger sont soumis à une imposition au taux marginal de l'IFI prévu à l'article 977 du CGI (à ce jour, 1,50 %) sur les biens immobiliers détenus directement ou indirectement au travers d'un trust et entrant dans le champ de l'IFI³⁷, dans l'hypothèse où leur déclaration a été omise au titre de ce dernier impôt.

Il s'analyse en fait comme une imposition alternative à l'IFI, frappant les biens ou les droits qui n'auraient pas été régulièrement déclarés. En outre, il n'entre pas dans le champ des conventions fiscales signées par la France en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune.

Bien que le constituant d'origine ou réputé soit considéré du point de vue de l'administration fiscale comme le redevable légal de ce prélèvement, il est en pratique acquitté directement par le *trustee*, dès lors que l'article 990 J-III-2° b du CGI précise que « la consistance et la valeur des actifs mentionnés à l'article 965 placés dans le trust sont déclarées et le prélèvement est acquitté et versé au comptable public compétent par l'administrateur du trust ». À défaut de paiement par le *trustee*, le constituant et l'ensemble des bénéficiaires (même non réputés constituant) en sont tenus solidairement.

Il n'est pas dû lorsque les biens immobiliers concernés ont été régulièrement déclarés soit à l'IFI par le constituant, soit à raison des déclarations de valeur requises par l'article 1649 AB du CGI³⁸. Il doit être considéré aussi que le prélèvement spécifique n'est pas exigible lorsqu'il peut être établi que les biens entrant dans le champ de l'IFI n'ont pas été déclarés du fait de l'absence de capacité contributive du bénéficiaire réputé constituant.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que ce prélèvement ne pouvait en aucune façon se cumuler avec

34. Il faut faire réserve ici du cas des « nouveaux résidents », soit les personnes qui transfèrent leur domicile en France et ont résidé hors de France au cours des cinq années précédentes, qui bénéficient d'une exonération d'IFI pour les biens immobiliers qu'ils détiennent hors de France jusqu'au terme de la cinquième année suivant celle de leur installation en France (art. 964 du CGI). Cette règle est transposable aux biens immobiliers situés hors de France détenus au travers d'un trust.

35. BOI-PAT-IFI-10 n° 30.

36. Paradoxalement, et alors qu'il s'agit d'une convention récente, l'article 6 auquel renvoie l'article 21 (« Fortune ») ne concerne que les biens immobiliers détenus directement, et non ceux possédés indirectement par l'intermédiaire d'une société ou autrement. Dès lors, les personnes physiques résidentes du Luxembourg seront soumises à l'IFI sur les biens immobiliers situés en France et détenus directement, mais pas sur les biens immobiliers français qu'elles détiennent indirectement, via des sociétés françaises ou étrangères, des contrats d'assurance vie ou de capitalisation, ou encore des contrats de crédit-bail.

37. Les mêmes règles de territorialité que celles vues précédemment s'appliquent. En revanche, les exonérations spécifiques en matière d'IFI ne sont pas applicables au prélèvement.

38. Voir *infra*, Obligations déclaratives.

l'impôt sur la fortune³⁹, solution qui a été intégrée dans la doctrine administrative⁴⁰.

3.4. Trusts et taxe de 3 %

Aux termes de l'article 990 D du CGI, « Les entités juridiques : personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qui, directement ou par entité interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles en France ou sont titulaires de droits réels portant sur de tels biens sont redevables d'une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits. ».

Elles peuvent toutefois en être exonérées selon les conditions prévues à l'article 990 E du CGI.

L'administration fiscale a toujours considéré que les trusts étrangers devaient être compris dans la notion d'« institutions comparables » visée à ce texte, à raison des biens immobiliers qui peuvent être compris au *corpus* directement ou indirectement⁴¹; la déclaration, et le cas échéant le paiement de la taxe incombant au *trustee*.

Cette position avait soulevé un certain nombre de réserves en doctrine⁴².

Elle a été confirmée par le Conseil d'État par une décision rendue le 9 mai 2019⁴³, qui a considéré que cette doctrine administrative n'ajoutait rien à la loi.

Aux termes de cet arrêt, les magistrats, se référant aux définitions données par la loi tant à la fiducie (« opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent⁴⁴ ») qu'au trust (« ensemble des relations juridiques créées par le droit d'un État autre que la France⁴⁵ »), ont conclu qu'il s'agit d'institutions comparables. Dès lors, et conformément à la lettre de l'article 990 D du CGI, les droits et biens immobiliers situés en France et figurant au *corpus* d'un trust, bien que ne disposant pas de la personnalité morale, sont assujettis à la taxe de 3 %.

Par ailleurs, et pour l'application des exonérations prévues à l'article 990 E du CGI, le Conseil d'État a précisé qu'un trust doit être présumé avoir son « siège » dans l'État ou territoire, selon le droit duquel ont été créées les relations

juridiques qui l'ont institué (confirmant la doctrine administrative exprimée au n° 50 du BOI-PAT-TPC-20-20)⁴⁶.

IV. LES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

4.1. Antérieurement à la réforme de 2011, la matière était traitée uniquement par la jurisprudence et par une pratique très contestée de l'Administration fiscale, qui considérait le trust comme une libéralité et les bénéficiaires comme des propriétaires.

En l'état, la situation des trusts anglo-saxons était donc essentiellement appréhendée en France sous l'angle judiciaire ; la position de la jurisprudence française découlant de quatre décisions significatives, rendues dans deux affaires distinctes Zieseniss⁴⁷ et Tardieu de Maleissye⁴⁸, qui ont fait l'objet de nombreux débats.

Les deux premières décisions ont été rendues en matière civile dans le cadre de la réduction des libéralités excédentaires, et nous avons eu l'occasion de les aborder dans un précédent article⁴⁹ ; les dernières relevaient, elles, du débat fiscal sur l'assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit des biens composant le *corpus* d'un trust de droit américain lors de leur distribution aux bénéficiaires.

Dans les décisions en date du 4 mai 2005 et du 15 mai 2007, tant la Cour d'appel de Rennes que la chambre commerciale de la Cour de cassation reprennent à leur compte le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans l'affaire Zieseniss.

Dans cette affaire, un père de famille, alors résident des États-Unis, avait bloqué un capital afin d'en percevoir les revenus, sa vie durant, au sein d'un trust révocable dont l'échéance était fixée à la date de son décès.

Par un avenant du 4 janvier 1950, il a rendu son trust irrévocable, conformément au droit applicable de l'État de New-York, et a désigné par testament ses trois filles bénéficiaires du trust.

Il est décédé alors qu'il était résident de France, et la déclaration de succession souscrite par ses héritières mentionnait, « pour mémoire », que le défunt avait constitué

39. Arrêts CE 25 septembre 2017, 8^e et 3^e ch., n° 412024 et 412031.

40. BOI-PAT-IFI-20-20-30-20 n° 200.

41. BOI-PAT-TPC-10-10 n° 90.

42. GOUTHIERE Bruno, *Les Impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 12^e ed., n° 68913.

43. CE 9 mai 2019, n° 426431.

44. Article 2011 du Code civil.

45. Article 792-0 bis du CGI.

46. Cette présomption d'établissement ainsi confirmée par le Conseil d'État peut conduire à d'autres débats, car elle déconnecte le « siège » du trust du domicile du *trustee*. Il s'agit toutefois d'une présomption simple, car l'administration admet que les administrateurs du trust peuvent apporter la preuve contraire. A *contrario*, on peut imaginer que l'administration puisse disposer de la même faculté.

47. Cass. 2^e civ., 20 février 1996, Zieseniss, n° 423P, JCP ed. G n° 22, 22647 ; Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch. Sect. G, audience solennelle, 7 avril 1999, Zieseniss.

48. Cour d'appel de Rennes, 1^{er} civ., 4 mai 2005, n° 03-4727, Tardieu de Maleissye, RJF 4/06 n° 471 ; Cass. com., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-18268, Tardieu de Maleissye.

49. « Le trust dans l'ordre successoral français » dans la présente revue.

aux États-Unis d'Amérique en 1950 un trust rendu irrévocable.

Les services fiscaux américains, interrogés par l'administration française, ont indiqué que ce trust n'était pas taxé aux États-Unis, et que s'agissant de valeurs mobilières détenues par un résident français n'ayant pas la citoyenneté américaine, seule la France pouvait taxer ce bien compte tenu des articles 5, 6 et 7 de la Convention franco-américaine.

L'administration fiscale a donc rapporté le trust à la succession et émis un avis de mise en recouvrement, le 25 mai 1999, à l'encontre de l'une des trois héritières, pour un montant total de 5 841 108 francs (890 471,17 €), dont 688 952,62 € en principal, qui fut contesté devant les tribunaux par les trois héritières.

La Cour d'appel de Rennes relève dans son considérant que le constituant « a bloqué un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant tout en chargeant irrévocablement les fiduciaires de le remettre après sa mort aux bénéficiaires désignés à cette date.

[...] Cet engagement relevant de la loi d'autonomie [...] comporte une intention libérale en faveur des bénéficiaires [...] [et] caractérise donc une donation indirecte [...] qui a reçu effet au jour du décès du donateur par la réunion de tous ses éléments constitutifs et a donc pris date à ce jour. »

Le constat ainsi fait par la Cour d'appel de l'existence d'une donation indirecte résulte de la combinaison du trust institué et des dispositions testamentaires prises pour désigner les bénéficiaires (dans le cas soumis à la Cour, le trust prévoyait en effet que les bénéficiaires seraient ceux nommés dans un testament rédigé par le constituant ou, à défaut, ses héritiers légaux).

Il est bien clair que cette décision emporte les mêmes critiques que celles formulées à l'encontre de l'arrêt Ziesenniss.

Néanmoins, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel en considérant « 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** ».

Il est notable de relever que la Cour de cassation ne reprend plus à son compte la notion de donation indirecte,

mais englobe le trust dans le cadre général des mutations à titre gratuit, au sens des droits d'enregistrement. Elle ne se réfère pas non plus à une quelconque acceptation du bénéficiaire, mais semble-t-il uniquement au dessaisissement irrévocable du constituant et à l'acquisition de la propriété des biens par les bénéficiaires au jour du décès de celui-ci.

Elle reprend en fait, par transposition aux trusts, la lettre du texte de l'article 792 bis du Code général des impôts, issu de la loi sur la fiducie du 11 février 2007, qui consacre une nouvelle forme de libéralité caractérisée par une intention libérale résultant d'une simple transmission sans contrepartie.

Cette décision laissait en suspens de nombreuses interrogations, car elle n'abordait l'assujettissement des actifs du trust aux droits de succession français que lors de son dénouement, et donc au transfert des actifs entre les mains des bénéficiaires. On pouvait alors logiquement en déduire *a contrario* qu'en l'absence de remise des biens aux bénéficiaires, le trust échappait à toute imposition en France.

Le même raisonnement a été tenu dans un arrêt récent du 6 novembre 2019⁵⁰, rendu dans un contexte très particulier de transferts de sommes d'argent à des résidents français par un trust canadien, confirmant une décision de la Cour d'appel de Paris du 11 septembre 2017 qui lui était déférée, ayant retenu le caractère de « donation indirecte » d'un trust résultant du « dépouillement du donateur d'une partie de ses biens en vue de leur transmission dans une intention libérale au profit du donataire [...] et par la délivrance par le trustee des biens affectés au bénéficiaire désigné ».

Cette décision reprend, par la confirmation de l'arrêt d'appel, l'argumentation de la Cour de cassation dans l'affaire Ziesenniss, mais reste dans la ligne de la libéralité sans contrepartie.

La première loi de finances rectificative pour 2011 a mis fin à ces questionnements en posant un cadre précis d'application des droits de mutation à titre gratuit applicable aux trusts, avec ou sans distribution au profit des bénéficiaires, par la même appréhension des actifs par transparence que celle déjà abordée dans le cadre de l'impôt sur la fortune.

Ces principes d'imposition sont bien entendu soumis aux règles de territorialité de l'imposition prévues par le droit interne français, sous réserve de conventions fiscales bilatérales éventuellement applicables.

4.2. Les règles de territorialité et l'impact des conventions fiscales

50. Cass. com., 6 novembre 2019, 17-26-985, inédit. Au cas particulier, la distribution a été soumise à une imposition au taux de 60 % applicable entre non-parents, faute pour les bénéficiaires d'avoir révélé à l'administration l'identité du constituant.

Les modalités d'imposition des transmissions réalisées au travers d'un trust s'inscrivant dans le champ des droits de mutation à titre gratuit français sont soumises aux règles de territorialité définies à l'article 750 ter du CGI.

Elles sont donc adaptées et transposées aux trusts, par transparence, directement sur les actifs transmis.

C'est ainsi que sont soumis aux droits de mutation français :

- l'ensemble des biens ou droits composant l'actif du trust ainsi que les produits capitalisés, situés en France ou hors de France, dès lors que le constituant (ou le bénéficiaire réputé constituant) a son domicile en France au sens de l'article 4B du CGI ;
- seuls les biens meubles ou immeubles situés en France lorsqu'à l'inverse, le constituant ou le bénéficiaire réputé tel n'a pas son domicile en France ;
- la totalité de la part reçue par un bénéficiaire résident de France au sens de l'article 4B du CGI au jour de la transmission, dès lors qu'il a résidé en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle de la transmission de cette part à son profit.

Les dispositions de l'article 750 ter al.2-al.2 du CGI permettent aussi l'assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit français des biens immobiliers détenus indirectement par un non-résident. Elles permettent de prendre en compte toute entité quelconque contrôlée⁵¹ par un non-résident, dès lors que celle-ci est propriétaire d'un ou plusieurs immeubles situés en France, même si les critères classiques de la prépondérance immobilière ne sont pas remplis. Cette disposition s'étend aux trusts étrangers.

Ainsi, les droits de mutation à titre gratuit sont applicables à raison du domicile fiscal en France, soit du constituant du trust, soit du ou des bénéficiaires ou de la situation des biens concernés.

Rappelons que du point de vue français, une personne est considérée comme ayant son domicile fiscal en France si elle répond à l'un des critères alternatifs suivants⁵² :

- Elle a en France son foyer ou le lieu de son séjour principal.

Selon la doctrine de l'administration, le foyer s'entend du lieu où le contribuable et sa famille (conjoint et enfants) « habitent normalement, c'est-à-dire le lieu de la résidence habituelle, à condition que cette résidence en France ait un caractère permanent ».

Cette définition est confirmée par le Conseil d'État et la Cour de cassation, qui définissent le foyer comme le lieu où le contribuable habite normalement et a le centre de ses intérêts familiaux (lieu où la famille est implantée et a ses habitudes) sans qu'il soit tenu compte des séjours effectués temporairement ailleurs, en raison des nécessités de la profession ou de circonstances exceptionnelles⁵³.

À défaut de pertinence du foyer fiscal, et uniquement dans cette hypothèse, le critère du lieu de séjour principal doit alors être pris en compte.

Dans ce cas, un contribuable doit être considéré comme ayant le lieu de son séjour principal en France lorsqu'il y séjourne pendant plus de six mois au cours d'une année donnée.

La notion de durée supérieure à six mois au cours d'une année ne constitue cependant pas un critère absolu. Le lieu de séjour principal en France peut aussi être déduit d'une durée inférieure à six mois, dès lors qu'elle est nettement supérieure à celle des séjours effectués dans d'autres pays.

- Elle exerce en France une activité professionnelle principale.

L'exercice d'une activité professionnelle en France est susceptible de caractériser le domicile fiscal en France, à moins qu'il ne soit justifié que cette activité soit exercée qu'à titre accessoire.

Le caractère principal ou accessoire de l'activité professionnelle ne dépend pas de l'importance des revenus que le contribuable en retire, mais du temps qu'il y consacre.

- Elle a en France le centre de ses intérêts économiques, entendu comme le lieu où sont effectués les principaux investissements, où est situé le siège des affaires et où sont administrés les biens. Il peut également s'agir du lieu, où le contribuable a le centre de ses activités professionnelles ou d'où il tire la majeure partie de ses revenus.

Il s'agit donc d'un critère qui nécessite des comparaisons entre la situation du contribuable – en matière d'activité, de patrimoine et de revenus – en France et dans les autres pays.

Selon la jurisprudence du Conseil d'État, il y a lieu, en principe, de comparer le montant des revenus tirés par le contribuable dans chaque pays, qu'il s'agisse des revenus de son travail ou de sa propriété⁵⁴.

Il est bien évident aussi que les règles de territorialité ainsi posées l'étant par transparence, elles peuvent être impactées par les conventions fiscales signées par la France en

51. La notion de contrôle s'entend de la détention directe ou indirecte d'au moins la moitié des actions, parts ou droits de l'entité en question par la personne concernée et son groupe familial (conjoint, ascendants et descendants, et frères et sœurs tant de la personne que de son conjoint).

52. Article 4B du CGI.

53. Cette résidence demeure le foyer du contribuable, même si ce dernier est appelé à séjourner ailleurs temporairement pour des raisons professionnelles « dès lors que la famille continue d'y habiter et que tous ses membres s'y retrouvent » (doc. adm. 5 B 1121 du 1^{er} septembre 1999).

54. Un contribuable a, en France, le centre de ses intérêts économiques, dès lors qu'il a disposé de sommes importantes portées au crédit de ses comptes bancaires en France et qu'il ne justifie pas de l'existence de revenus de source algérienne supérieurs (CE 27 avril 2011, n° 316082, 8^e et 3^e s.-s., Zitouni : RJF 7/11 n° 770).

matière de droits de donation et/ou de succession, et ce quelle que soit la qualification donnée à la transmission réalisée par l'intermédiaire du trust.

Précisons cependant que les conventions conclues par la France en la matière, à l'exception notable de la convention franco-allemande, s'opposent tant à l'application des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 750 ter du CGI, à savoir l'assujettissement à l'impôt français de la part reçue par un bénéficiaire résident de France, qu'à celles du 2^e paragraphe de l'article 750 ter al.2 concernant les biens immobiliers détenus indirectement.

4.3. Les règles d'imposition

En droit fiscal français, cette question est régie par les dispositions de l'article 792-0 bis-II du CGI, dont les règles s'appliquent à toutes les mutations à titre gratuit intervenues depuis le 30 juillet 2011.

Ce texte consacre sur le plan fiscal un raisonnement par transparence, en appréhendant directement le patrimoine⁵⁵ du trust au décès du constituant.

En matière de droits de mutation à titre gratuit, ce régime distingue les modalités d'imposition selon deux situations.

- Soit la transmission peut être qualifiée de succession (art. 792-0 bis-II-1). La valeur nette des actifs concernés à la date du décès est alors soumise aux droits de succession ordinaires en fonction du lien de parenté existant entre le constituant et chacun des bénéficiaires désignés selon la part qu'il reçoit.

L'administration fiscale n'a toutefois donné aucune indication sur les situations qui, selon elle, peuvent entrer dans le champ d'application de ce paragraphe. Néanmoins, l'exemple repris dans la doctrine administrative⁵⁶ peut laisser penser que les dispositions de l'article 792-0 bis-II-1 du CGI s'appliquent uniquement lorsque les biens sortent du trust pour être attribués aux bénéficiaires, notamment lors du décès du constituant (à l'occasion d'une liquidation totale ou partielle du trust concerné).

Le sénateur Marini⁵⁷ avait, de son côté, indiqué qu'il « s'agit là du rappel du **droit commun des mutations et de son application aux trusts, qui a vocation à s'appliquer lorsque la donation ou la succession peut être établie de manière claire** ».

C'est d'ailleurs l'analyse qui pouvait être retenue avant l'entrée en vigueur de la loi de juillet 2011, en référence à la décision rendue par la Cour de cassation le 15 mai 2007⁵⁸.

Il y aura donc assimilation à une donation si une distribution d'actif est effectuée du vivant du constituant à une personne autre que lui-même, et une assimilation à une succession si, au décès du constituant, tout ou partie des actifs est remis aux bénéficiaires. Pour les biens restant éventuellement en trust au décès du constituant, la situation est régie par les dispositions de l'article 792-0 bis-II-2 du CGI.

Les droits de mutation doivent être acquittés par le bénéficiaire.

Aux termes de l'article 792-0 bis-II-2 (al. 5) du CGI, la perception des droits de succession est effectuée en ajoutant à l'actif de la succession la valeur des avoirs placés en trust reçus par le bénéficiaire au décès du constituant, compris dans la déclaration de succession pour l'application des barèmes et pour le calcul des abattements et réductions de droits.

- Soit, *a contrario*, la transmission ne peut pas être qualifiée de succession (art. 792-0 bis-II-2 du CGI), et trois situations doivent être envisagées.

- o Une part déterminée est transmise à un bénéficiaire déterminé : l'imposition de la part est alors établie en fonction du lien de parenté existant entre le bénéficiaire et le constituant du trust. Comme dans la situation précédente, les droits du bénéficiaire dans le trust sont ajoutés aux autres biens figurant dans la déclaration de succession et taxés selon les règles de droit commun. Le redevable est là encore le bénéficiaire.
- o Une part est transmise globalement aux descendants du constituant : l'imposition est assise, sans abattement, sur la base de la dernière tranche du barème en ligne directe, soit à ce jour 45 %. N'est ici visé que le seul cas où les avoirs en trust sont transmis à des descendants, à l'exclusion des situations où figureraient d'autres bénéficiaires, tel le conjoint survivant. À la différence des hypothèses précédentes, le redevable des droits de mutation à titre gratuit est ici le *trustee*, les bénéficiaires étant solidairement responsables du paiement.
- o Les autres situations, dont notamment le maintien de biens sans attribution et l'hypothèse de la transmission d'une part non individuellement déterminée à des bénéficiaires qui ne sont pas exclusivement des descendants du constituant, sont soumises à une imposition spécifique selon le taux applicable entre non-parents, soit 60 % à ce jour⁵⁹. Comme précédemment, les droits de mutation doivent être acquittés directement par le *trustee* avec le même principe de solidarité des bénéficiaires.

55. Cette notion englobe non seulement les actifs mis en trust, mais aussi l'ensemble des revenus capitalisés.

56. BOI-ENR-DMTG-30 n° 140.

57. Rapport AN précité.

58. Aff. Tardieu de Maleissye, n° 05-18-268, RJF 10/07 n° 1170, précité.

59. BOI-ENR-DMTG-30 n° 130.

L'illustration de ces situations données par l'administration fiscale dans ses commentaires⁶⁰ permet de considérer que le lien de parenté peut toujours être pris en compte, même lorsque les biens restent en trust (serait donc indirectement visée aussi l'hypothèse d'un trust testamentaire), à partir du moment où le *trust deed* identifie clairement les biens transmis (ou la quote-part) et leurs bénéficiaires.

Le transfert est alors « réputé » avoir été effectué, ce qui permettrait d'échapper dans nombre de cas à la taxation à 60 % visée dans la troisième situation ci-dessus.

Il a en outre été ajouté *in fine* à l'article 792-0 bis-II-2 du CGI que le même taux de 60 % s'appliquera dans tous les cas sous deux hypothèses :

- soit si l'administrateur du trust est soumis à la loi d'un État ou territoire non coopératif (ETNC) au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts⁶¹ ;
- soit si, au moment de la constitution du trust, le constituant était fiscalement domicilié en France.

On revient ici au grand principe sous-jacent de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

Si le raisonnement peut se comprendre lorsque le trust est constitué dans un ETNC⁶², il n'en va pas de même de l'hypothèse où le constituant est résident français, et ce d'autant moins depuis l'entrée en vigueur du Règlement européen successions, qui offre désormais la possibilité pour toute personne résidente de France de soumettre sa succession future à sa loi nationale.

Comment concevoir qu'un national américain, résident français, se trouvera ainsi privé de l'utilisation d'une structure de transmission très classique dans son droit national, du fait d'une imposition excessive en France ?

Des considérations de droit fiscal purement américaines peuvent rendre indispensable l'utilisation d'un trust. Tel est le cas des QDOT⁶³, au profit de conjoints n'ayant pas la nationalité américaine, leur permettant de bénéficier du point de vue fiscal américain de la déduction maritale (exemption totale de droits de succession), à laquelle ils ne peuvent prétendre autrement. Dans une telle hypothèse, les biens ainsi transférés au QDOT au moyen d'une disposition testamentaire par un ressortissant améri-

cain résident de France seraient alors imposés à 60 % en France (alors que les transmissions entre conjoints sont exonérées). À l'inverse, ne pas constituer de QDOT du point de vue américain, permettra au conjoint d'être exonéré de tous droits en France, mais totalement soumis à l'*Estate Tax* aux États-Unis.

Même s'il est précisé que cette règle ne s'applique que dans les cas où la transmission réalisée au moyen d'un trust ne peut pas être qualifiée de donation ou de succession (ce qui suppose que les biens ne soient pas maintenus en trust), il y a là quelque absurdité qu'il conviendrait de corriger.

Ces modalités d'imposition s'appliquent à toutes les transmissions successives effectuées au travers du trust – le bénéficiaire étant alors, comme indiqué plus haut, réputé être constituant sur le plan fiscal.

On aura bien compris qu'il est en tout état de cause fondamental, lors de la rédaction de la clause bénéficiaire d'un trust étranger, de porter une attention très particulière aux dispositions fiscales françaises, dès lors qu'un rattachement existerait ou serait susceptible d'exister pour l'avenir avec la France, afin d'écartier les embûches inhérentes aux règles que nous venons de développer.

V. OBLIGATIONS DÉCLARATIVES ET REGISTRE DES TRUSTS

5.1. Obligations déclaratives

En application des dispositions de l'article 1649 AB du CGI, l'administrateur d'un trust (*trustee*), dont le constituant ou au moins l'un des bénéficiaires a son domicile fiscal en France, ou qui comprend un bien ou un droit immobilier qui y est situé, est tenu de remplir deux obligations déclaratives distinctes auprès du Service des impôts des entreprises de Noisy-Le-Grand.

La première, dite « déclaration événementielle » doit être présentée dans le mois de la constitution, la modification ou l'extinction d'un trust.

Elle doit être rédigée en français et comprendre l'identification complète du trust et des personnes concernées

60. BOI-ENR-DMTG-30 n° 140, 16.10.2012 : « Le constituant d'un trust, non-résident fiscal de France, décède le 10 janvier 2012. En 2010, il avait constitué trois trusts dont les caractéristiques sont les suivantes :

- trust A : trust révocable dont les bénéficiaires sont le constituant et l'un de ses deux enfants, résident fiscal de France ;
- trust B : trust irrévocable dont les bénéficiaires sont les deux enfants du constituant, résidents fiscaux de France ;
- trust C : trust irrévocable dont les bénéficiaires sont pour moitié les petits-enfants du constituant "vivants à la date du 1^{er} janvier 2015".

L'administrateur du trust a toute latitude quant à la disposition de l'autre moitié de l'actif du trust. Le décès du constituant constitue le fait générateur des taxations suivantes :

- droits de mutation par décès sur l'actif net de succession qui comprend notamment l'actif net du trust A et l'actif net du trust B.
- droits de mutation par décès sur l'actif net du trust C : au taux de 45 % pour la moitié de l'actif à la date du décès du constituant, le nombre de bénéficiaires n'étant pas déterminé ("petits-enfants vivants à la date du 1^{er} janvier 2015") et au taux de 60 % pour le solde ».

61. Pour l'année 2020, la liste française des ETNC comprend les pays et territoires suivants : Anguilla, les Bahamas, les Fidji, Guam, les îles Vierges américaines, les îles Vierges britanniques, Oman, Panama, les Samoa américaines, les Samoa, les Seychelles, Trinité-et-Tobago, le Vanuatu. Elle intègre aussi la liste européenne, et on y a donc ajouté la Barbade et les Palaos.

62. On pourra toutefois s'étonner du taux retenu de 60 %, alors que les revenus et produits d'un trust dans un ETNC sont taxés à 75 %.

63. *Qualified Domestic Trusts*, Section 2056A du *Federal Tax Code*.

(constituant d'origine, et cas échéant constituant réputé, trustee, bénéficiaires) ainsi que le contenu de ses termes.

Elle doit aussi indiquer la nature de l'évènement à l'origine de la déclaration et la consistance des biens affectés par cet évènement.

L'Administration a précisé que la notion de modification recouvre tout changement dans les termes du trust, son mode de fonctionnement, son constituant, bénéficiaire réputé constituant, administrateur (notamment le décès de l'une de ces personnes), tout transfert de biens nouveaux au trust ou toute sortie de biens, droits ou produits du trust⁶⁴, et plus généralement « toute modification de droit ou de fait susceptible d'affecter l'économie ou le fonctionnement » du trust.

L'article 13 de l'Ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020, renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, a complété cette obligation déclarative en précisant que l'administrateur du trust doit fournir les informations relatives aux nom, prénoms, adresse, date, lieu de naissance et nationalité des bénéficiaires effectifs des trusts, qui s'entendent comme toutes personnes physiques ayant la qualité d'administrateur, de constituant, de bénéficiaire et, le cas échéant, de protecteur ainsi que de toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur le trust, ou exerçant des fonctions équivalentes ou similaires.

Au moyen d'une seconde déclaration, dite déclaration annuelle de valeur, l'administrateur du trust doit également déclarer la valeur vénale, au 1^{er} janvier de l'année, des biens, droits et produits capitalisés constituant l'actif (quelle qu'en soit leur nature, immobilière ou mobilière) du trust⁶⁵ – en fonction, cependant, des règles de territorialité applicables à chaque cas d'espèce :

- pour les personnes qui ont leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4B du CGI (la déclaration doit porter sur la valeur des biens et droits situés en France et hors de France, et sur les produits capitalisés placés dans le trust) ;
- pour les personnes qui ont leur domicile fiscal hors de France au sens de l'article 4B du CGI (la déclaration doit porter sur les seuls biens ou droits situés en France et les produits capitalisés placés dans le trust).

Cette déclaration annuelle doit comporter les mêmes mentions d'identification que la déclaration événementielle,

avec en plus un inventaire détaillé des actifs et leur évaluation au 1^{er} janvier de l'année.

En outre, on relèvera que l'obligation déclarative est indépendante de l'assujettissement à l'IFI du constituant ou du bénéficiaire réputé être constituant ; ainsi, la déclaration devra être déposée au plus tard le 15 juin de chaque année, même si, par ailleurs, l'administrateur du trust est informé de ce que les déclarations d'impôt sur la fortune ont été régulièrement déposées. De même, la déclaration devra être déposée même si aucun IFI n'est dû (c'est le cas, par exemple, de l'exonération des « nouveaux résidents »).

Elle doit être accompagnée le cas échéant du paiement du prélèvement spécifique visé à l'article 990 J du CGI.

Les infractions aux obligations déclaratives sont passibles d'une amende de 20 000 € à la charge du trustee, mais dont sont aussi solidairement tenus le constituant et les bénéficiaires réputés constituants. Elle peut, le cas échéant, être assortie d'une majoration de 80 %⁶⁶ du montant des droits dus au titre d'une rectification des biens et droits immobiliers qui auraient dû être déclarés à l'IFI⁶⁷.

5.2. Registre des trusts

Le contenu de ces déclarations est porté sur un registre des trusts, tenu par la Direction générale des finances publiques, dont l'accès est ouvert sans restriction à certaines autorités compétentes⁶⁸ définies en dernier lieu par l'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 (dans son article 14 créant le nouvel article L167 du *Livre des procédures fiscales*).

Ce nouveau texte offre aussi un accès limité à certaines informations à d'autres personnes.

Celles assujetties à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme mentionnées à l'article L 561-2 du Code monétaire et financier dans le cadre d'au moins une de leurs mesures de vigilance ont ainsi le droit d'obtenir communication des informations relatives aux bénéficiaires effectifs d'un trust.

Enfin, les informations sur l'identité du bénéficiaire effectif du trust et sur la nature et l'étendue des intérêts effectifs détenus sont accessibles :

- à toute personne qui introduit une demande écrite portant sur un trust ou une fiducie détenant une partici-

64. Cela conduit en pratique à devoir effectuer une déclaration événementielle à l'occasion de chaque distribution.

65. L'instauration de l'IFI avait eu pour conséquence indirecte de réduire le champ de cette déclaration de valeur aux seuls biens et droits immobiliers. La loi de finances pour 2019 a rétabli une obligation large portant sur l'ensemble des biens, droits, mobiliers et immobiliers, ou produits capitalisés composant le trust, toutefois en fonction des règles de territorialité applicables.

66. Cette majoration est au minimum égale au montant de l'amende fixe de 20 000 €.

67. L'administration dispose d'un délai de reprise de dix ans en cas de non-respect des obligations déclaratives.

68. Il s'agit des autorités judiciaires, du service Tracfin, des agents de l'administration des douanes, des agents habilités de l'administration des finances publiques chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale, des officiers habilités de police judiciaire et des agents des douanes et des services fiscaux habilités à effectuer des enquêtes judiciaires, des autorités de contrôle des personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

pation de contrôle dans une société ou dans une autre entité juridique établie dans un pays tiers par propriété directe ou indirecte, notamment au moyen d'actions au porteur ou par le biais d'un contrôle par d'autres moyens ;

- à toute personne justifiant, au regard de l'objet ou de la nature de son activité, d'un intérêt légitime dans la prévention ou la lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme et les infractions sous-jacentes associées, suivant des modalités déterminées par décret (décret n° 2020-118 du 12 février 2020 publié le 13 février 2020).

Il faut relever que cette ordonnance met aussi en place un mécanisme de contrôle des divergences pouvant se révéler entre les mentions figurant au registre des trusts et les informations dont disposent les personnes tenues aux obligations de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, qu'elles ont l'obligation de signaler.

L'administration doit alors, en cas de divergence, en informer le trustee et lui demander de formuler des observations. Si la réponse du trustee est jugée satisfaisante, le registre est modifié en conséquence.

En revanche, à défaut de réponse ou si celle-ci s'avère insuffisante, la mention de cette divergence doit être portée au registre des trusts.

Au terme de ces deux études juridique et fiscale, on ne peut que constater la très grande réticence avec laquelle la France regarde cette créature venue d'ailleurs qu'est le trust. Le législateur français a peur du trust, instrument par excellence selon lui de fraude et d'évasion fiscales, et les *lawyers* anglo-saxons craignent la France et ses incertitudes au point de considérer qu'il ne faut absolument pas être lié de manière quelconque à un trust lorsque l'on est ou devient résident français.

Il est vrai que la pratique française en la matière semble s'apparenter à la stratégie simpliste des *Tontons flingueurs* de Michel Audiard, « On va le retrouver éparpillé par petits bouts, façon puzzle ; je dynamite, je disperse et je ventile ! »

Mais il faut aller au-delà de ces préjugés : le trust est et reste un outil parfait de gestion et de transmission patrimoniale qui, avec l'aide d'un bon conseil, peut parfaitement s'intégrer dans les arcanes du droit et de la fiscalité français. ■