



**HAL**  
open science

# Étude comparée sur le plan juridique et fiscal de la fiducie française et du trust britannique

Florian Sainz

► **To cite this version:**

Florian Sainz. Étude comparée sur le plan juridique et fiscal de la fiducie française et du trust britannique . Droit. 2016. dumas-01703930

**HAL Id: dumas-01703930**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01703930>**

Submitted on 8 Feb 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Mémoire**  
**Université de Reims Champagne-Ardenne**

**Etude comparée sur le plan juridique et  
fiscal de la fiducie française et du trust  
britannique**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Pascal Jacquemin**

Sainz Florian  
Master 2 Droit des affaires : Droit des PME-PMI  
2016-2017



**UNIVERSITÉ  
DE REIMS  
CHAMPAGNE-ARDENNE**

## **Remerciements**

J'adresse mes remerciements aux personnes qui m'ont aidé dans la réalisation de ce mémoire.

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à mon directeur de mémoire Monsieur Pascal Jacquemin, professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne. Je le remercie de m'avoir rencontré pour m'orienter dans mes recherches et aussi de m'avoir encadré, orienté et conseillé dans la structuration de mes recherches.

Je souhaite à remercier tout particulièrement mes parents, Frédéric et Marielle, pour leur précieuse aide à la relecture et à la correction de mon mémoire.

Enfin, je remercie mon frère Joffrey, pour ses encouragements et son soutien inconditionnel.

A tous ces intervenants, je présente mes remerciements, mon respect et ma gratitude.

# Sommaire

**Introduction générale ..... 3**

**Chapitre I : Des différences fondamentales, sur le plan juridique, entre les notions de trust et de fiducie ..... 12**

**Section 1 : Les divers intervenants d'une relation triangulaire .....12**

**Section 2 : La clé de voute de ces discordances entre les deux mécanismes : la notion de patrimoine.....20**

**Section 3 : Les actes permettant la mise en place de ces montages juridiques.....29**

**Section 4 : Classification des différents trusts et fiducies.....34**

**Chapitre II : Le traitement fiscal des institutions de trust et de fiducie en droit français ..... 42**

**Section 1 : Les revenus de la fiducie et du trust.....42**

**Section 2 : Les droits de mutation .....55**

**Section 3 : L'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) .....62**

## Introduction générale

1 – Pierre Lepaulle, avocat français renommé, a déclaré : « des Accords des plus grandes guerres au plus simple héritage, du plus audacieux complot de Wall Street à la protection des petits enfants, le trust voit défiler devant lui le cortège hétéroclite de tous les efforts de l'humanité : les rêves de paix, l'impérialisme commercial, les tentatives d'anéantir la concurrence ou d'atteindre le paradis, par haine ou par philanthropie, l'amour d'un proche de sa famille ou le désir de la dépouiller de tout après un décès ; tout cela dans un défilé où les protagonistes sont habillés de robes ou de haillons, couronnés d'une auréole ou marchant en souriant. Le trust est l'ange gardien de l'anglo-saxon, l'accompagnant partout impassiblement, du berceau jusqu'au tombeau. »

Cette expression de « guardian angel of the anglo-saxon » fut utilisée auparavant par D.J. Hayton dans son ouvrage *The Law of Trusts*<sup>1</sup> afin que l'on se rende compte de l'importance de la notion de trust dans les systèmes de common law.

Par ailleurs, un grand historien du droit, F.W. Maitland écrivait que « si on nous demandait quelle est la plus grande et la plus distinctive réalisation accomplie par les Anglais dans le domaine de la doctrine, je ne pense pas que nous devrions avoir de meilleure réponse à donner que celle-là, à savoir le développement au fil des siècles de l'idée de trust. »

2 – D'origine romaine, la fiducie est l'un des plus anciens contrats réels<sup>2</sup> visant soit à la gestion d'un bien ou d'un patrimoine (fiducie cum amico), soit à la garantie d'une créance (fiducie cum creditore)<sup>3</sup>.

Le trust est une institution juridique originale qui fut développée par le droit anglais certes mais surement à partir du vieux droit romain en l'occurrence.

Dans son principe, ce mécanisme, qui n'a pas, pour l'instant, son équivalent en France, repose sur l'idée qu'un bien peut être détenu par une personne pour le bénéfice d'une autre.

---

<sup>1</sup> David J. Hayton, *The Law of Trusts*, Sweet & Maxwell, 1998

<sup>2</sup> Un contrat réel est un contrat qui devient parfait non pas par l'échange des consentements mais par la remise de la chose.

<sup>3</sup> J.-P. Dunand, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, RID comp., Vol. 53 n°3, Juillet-Septembre 2001, p. 751-754.

Selon certains, cette technique fut principalement utilisée au Moyen-Age car elle permettait aux croisés anglais de faire gérer leurs biens en leur absence<sup>4</sup>. En effet, grâce à ce système, ces derniers pouvaient ainsi mettre leurs biens à l'abri, en les confiant à un tiers de confiance qui avait la charge de gérer ces biens conformément à la volonté du croisé pendant que celui-ci partait en Croisade.

De plus, le patrimoine ainsi confié était protégé puisqu'il échappait aux confiscations infligées en cas de condamnation pour faits félonie ou de trahison<sup>5</sup>.

Toutefois, un problème principal survenait et ce que le croisé meurt en Croisade ou en revienne vivant. En effet, il arrivait que la personne chargée de gérer les biens du croisé ne veuille pas les remettre à ce dernier.

Les tribunaux étaient alors incompétents pour résoudre ces litiges et s'en remettaient alors à la common law<sup>6</sup>. De ce fait, la partie lésée en appelait quant à elle à la justice du Roi d'Angleterre, lequel chargeait son Lord Chancellor (Chancelier) de résoudre le conflit in equity (en équité)<sup>7</sup>.

Par la suite, les Chanceliers prirent l'habitude de trancher ces litiges et c'est ainsi que les droits de l'équité et du trust étaient nés.

Mais cette pratique massive donna naissance à un effet qui s'avéra néfaste pour le trésor royal puisque celle-ci permettait de soustraire les biens placés en trust aux droits féodaux à régler au suzerain ou au Roi. De ce fait, le Roi Henri VIII tenta de résoudre le problème de ce manque à gagner et ainsi de simplifier la pratique du trust par le Statute of Uses de 1536. Mais devant la violence des réactions et le mécontentement de ses sujets, l'essentiel de ce droit fut rétabli par les Wills Act de 1540.

De cette manière, ce dispositif permis, durant des siècles, d'éviter d'importants devoirs féodaux tels que des taxes à régler mais il garantissait aussi le maintien du patrimoine dans une seule famille puisqu'il permettait d'aménager la succession afin d'assurer une certaine forme de primogéniture.

Par la suite, le droit des trusts fut uniformisé et rationalisé au XVII<sup>ème</sup> siècle par Lord Nottingham, Lord Hardwicke et Lord Eldon.

---

<sup>4</sup> En général, les chevaliers qui partaient en Croisade transféraient la propriété de leurs droits féodaux.

<sup>5</sup> Ce principe de protection du patrimoine mis en trust, le rendant ainsi inatteignable, sera par la suite développé dans le chapitre I.

<sup>6</sup> La common law est un système juridique où la jurisprudence est la principale source du droit. Ainsi, avec la règle du precedent, les juges doivent suivre les décisions prises antérieurement par les tribunaux.

Toutefois, le système de common law laisse place à de nombreuses lois.

<sup>7</sup> L'equity est une « juridiction parallèle » qui se base sur les principes de justice et d'équité. Elle permet de passer outre la rigidité imposée par la common law mais aussi de pallier aux insuffisances de cette dernière.

Plus récemment, les dernières grandes réformes du droit des trusts sont le Trustee Act de 2000, qui était chargé de réorganiser les droits et les devoirs des trustees, et le Charities Act de 2006, qui réorganise le droit des trusts constitués pour des buts non lucratifs<sup>8</sup>.

Par ailleurs, on dit aussi que certaines communautés religieuses<sup>9</sup> ayant fait vœu de pauvreté avaient trouvé le moyen de concilier ce vœu à travers le trust. En effet, les personnes de ces communautés religieuses donnaient ainsi leurs biens à des trustees qui eux géraient leurs biens à leur bénéfice.

Quoi qu'il en soit, l'essence même du mécanisme est de confier un bien à un tiers, à charge pour celui-ci de le gérer dans un but prédéterminé. Ainsi, la propriété juridique du bien est transférée mais on conserve une sorte de droit de regard plus ou moins étendu en fonction des volontés exprimées lors de la constitution du trust<sup>10</sup>.

**3** – Par conséquent, nous pouvons voir que le droit anglo-saxon a eu à connaître de la notion de trust depuis bien plus longtemps que le droit français malgré l'origine civiliste de ce mécanisme.

Mais les anglais ne sont pas les seuls à avoir intégré dans leur droit le système de la fiducie. En effet, certains de nos voisins européens mais également des pays du continent américain<sup>11</sup> ont incorporé, préalablement à la France, la notion de fiducie dans leur droit puisque le contexte juridique communautaire et international a poussé notre droit à l'évolution.

Effectivement, la convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985, relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance a été signée par la France le 26 novembre 1991 mais elle ne l'a toujours pas ratifiée<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Pour avoir un bref récit de l'histoire du trust anglo-saxon voir : <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-compare/breve-histoire-trust-moyen-age-anglais-capitalisme-americain/>  
Ou voir :

A. Antois, *Une brève histoire du trust, du Moyen-Âge anglais au capitalisme américain*, Le Petit Juriste (LPJ), 19 novembre 2016

<sup>9</sup> Ce fut principalement les Franciscains anglais qui donnèrent leurs biens à des trustees, à charge pour ces derniers de les gérer au profit des donataires.

<sup>10</sup> Schéma explicatif en annexe 1

<sup>11</sup> Notamment en Amérique du nord où l'on trouve des pays de tradition anglo-saxonne comme les Etats-Unis ou le Canada.

<sup>12</sup> Voir JO Sénat du 05/05/2016, p. 1905, Réponse du Ministère de la justice à la Question écrite n° 16451 de M. François Grosdidier (député de la 1<sup>ère</sup> circonscription de la Moselle).

Par ailleurs, Monsieur Philippe Marini, dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi, insiste sur le fait que « attractivité économique et attractivité juridique se trouvent intimement liées »<sup>13</sup>.

De plus, nous verrons par la suite plusieurs exemples qui nous montrent l'utilité d'un tel mécanisme et ainsi son utilisation par des entreprises françaises qui ont été contraintes d'utiliser cette institution anglo-saxonne qu'est le trust.

Ainsi, nous pouvons citer le Luxembourg où la fiducie existe depuis un règlement grand-ducal datant de 1983 ou encore l'Italie qui a adopté une loi permettant une nouvelle impulsion de la fiducie dans son droit interne le 23 février 2006.

Concernant le continent américain, la Colombie a intégré elle aussi le mécanisme de fiducie dans son droit puisque l'article 1226 du code de commerce colombien dispose que « la fiducie commerciale est une opération juridique en vertu de laquelle un fiduciaire transfère un ou plusieurs biens désignés à un fiduciaire qui s'oblige à les gérer ou à les aliéner dans un but déterminé par le constituant au profit de ce dernier ou d'un tiers bénéficiaire. »

De plus, le code civil québécois en son article 1260 prévoit quant à lui que « la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à une autre personne qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »

Mais nous pouvons encore citer l'Allemagne, l'Ecosse, le Lichtenstein, l'Afrique du sud, la fédération de Russie, Porto Rico, le Japon ou encore la République populaire de Chine qui ont transposé dans leur droit une institution proche du trust.

Aujourd'hui, le trust est donc fréquemment utilisé, dans les pays qui reconnaissent cette institution, comme un outil de gestion patrimoniale ou encore comme un organisme de placement avec les « Unit trusts » mais aussi comme mécanisme de garantie et de sûreté.

**4** – La France est donc restée, jusqu'en 2007, un des rares pays à ne pas disposer d'une institution fiduciaire bien que l'on puisse trouver bon nombre de fiducies innomées.

En effet, le droit français connaissait la vente à réméré régie par les articles 1659 et suivants du Code civil<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007, p. 15.

Mais c'est surtout le droit financier qui a à connaître de la plupart de ces mécanismes avec par exemple la pension de titres, le portage de titres, la titrisation de créances ou encore la cession « Dailly »<sup>15</sup>.

C'est pourquoi, la pratique a imaginé à plusieurs reprises des montages juridiques basés sur le trust.

Ainsi, nous pouvons citer le rapport remis au Sénat par Monsieur Xavier de Roux<sup>16</sup>, lequel nous donne divers exemples :

- En 1987, le groupe Peugeot S.A qui s'est tourné vers le mécanisme américain du trust pour réaliser un transfert d'actifs et de dettes vers une structure de defeasance, chargée de les gérer pendant que l'entreprise se concentrait sur son redressement commercial et industriel ;
- Dans le cadre de sa restructuration, Alstom, dont l'Etat français reprenait une partie du capital, créait lui aussi un trust anglo-saxon ;
- Enfin, le lancement du nouveau jeu « Euromillions » par la Française des Jeux a nécessité la constitution d'un trust de droit anglais avec les autres partenaires européens de l'entreprise.

5 – C'est ainsi que la loi du 19 février 2007<sup>17</sup> a introduit la fiducie en droit français après trois tentatives infructueuses en 1989, 1992 et 1995. En effet, la crainte était celle d'une utilisation de la fiducie à des fins d'évasions fiscales et de blanchiment de capitaux. Cette crainte est fondée surtout en raison des excès auxquels le trust peut conduire en permettant d'occulter les bénéficiaires réels et en facilitant la fraude ou l'évasion fiscales internationales. Ainsi, le trust est stigmatisé par nombres d'administrations fiscales nationales à la recherche de transparence aux fins de leur propre contrôle fiscal.

---

<sup>14</sup> C'est un mécanisme par lequel le vendeur bénéficie d'une faculté de rachat et qui permet d'utiliser le transfert de propriété comme un instrument de garantie ou de couverture.

<sup>15</sup> La cession dite « Dailly », du nom du sénateur Etienne Dailly auteur de la loi correspondante, est un mécanisme qui permet à une entreprise de mobiliser sa trésorerie ou de fournir une garantie à un établissement de crédit. En d'autres termes, c'est une technique qui facilite l'accès au crédit pour les entreprises.

<sup>16</sup> Rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007, p. 15.

<sup>17</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, instituant la fiducie, JO 21 février 2007

Malgré tout, comme nous l'avons dit auparavant, le législateur a introduit en droit français le mécanisme de la fiducie et l'article 2011 du Code civil nous donne la définition suivante : « la fiducie est 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. »<sup>18</sup>

6 – Malheureusement, cette loi fut aussitôt critiquée par la doctrine dès sa promulgation. Effectivement, cette dernière, et notamment les professeurs Blanluet et Le Gall<sup>19</sup>, relève que la fiducie a « un champ d'application tronqué » et que par conséquent, son usage « promet d'être assez limité en pratique ». De plus, la doctrine soulève le fait que le texte est rédigé de manière imprécise.

Ainsi, nous pouvons relever trois principales critiques qui ont été formulées par la doctrine au moment de l'introduction de la fiducie dans notre droit :

- L'existence d'un régime unique ne distinguant pas entre fiducie gestion et fiducie sûreté
- La fiducie était réservée aux personnes morales soumises à l'IS
- Seuls les organismes financiers réglementés pouvaient avoir la qualité de fiduciaire, c'est à dire les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance.

7 – En conséquence, la loi fut modifiée à plusieurs reprises par différentes lois, lesquelles ont opéré une profonde modification si bien que nous pouvons citer :

- La loi de modernisation de l'économie dite loi « LME » du 4 août 2008<sup>20</sup>, qui a permis aux personnes physiques d'avoir recours à la fiducie à des fins de garantie et de

---

<sup>18</sup> Schéma explicatif en annexe 2

<sup>19</sup> Voir : G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *la fiducie, une œuvre inachevée*, Dr. Fisc., n°26, 2007, 676

<sup>20</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008

gestion. Par ailleurs, elle a aussi ouvert la possibilité aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire.

- L'ordonnance du 30 janvier 2009<sup>21</sup> a quant à elle permis le rechargement de la fiducie, c'est à dire que le bien transféré peut être ultérieurement affecté à la garantie de nouvelles dettes que ce soit envers le créancier initial ou d'autres créanciers.
- La loi du 12 mai 2009<sup>22</sup> prévoit elle que le décès du constituant ne mettra pas fin à la fiducie sûreté. En outre, cette loi va aussi dessiner le régime fiscal de la fiducie dans le code général des impôts (CGI).

De cette manière, nous constatons que suite aux critiques formulées par la doctrine, le législateur est intervenu pour modifier la loi afin que l'institution de fiducie puisse continuer à vivre.

Malgré, le fait que la France se soit dotée d'une institution fiduciaire, celle-ci ne connaît pas, à proprement parler, du mécanisme du trust de telle manière que des difficultés de traitement sont apparues.

En effet, surtout lorsqu'il y avait l'existence d'un trust mettant en jeu des résidents de France ou des biens français.

**8** – Cependant, la situation a été clarifiée par l'intervention de la loi de finances rectificatives du 29 juillet 2011<sup>23</sup> qui a créé des règles fiscales entièrement nouvelles dans un double objectif.

D'une part, afin de remédier à l'« insécurité juridique » qui résulte de la « singularité des concepts »<sup>24</sup>. Et d'autre part, pour éviter que les trusts soient utilisés à des fins d'évasion fiscale.

---

<sup>21</sup> Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009, portant diverses mesures relatives à la fiducie, *JO* 21 février 2009

<sup>22</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit, *JO* 13 mai 2009

<sup>23</sup> Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, prise dans le cadre de la réforme de la fiscalité du patrimoine

<sup>24</sup> Ce sont les termes employés par l'exposé des motifs du projet de loi, lequel ajoutait que la jurisprudence reconnaît la validité des trusts constitués à l'étranger, mais qu'il n'est « pas toujours possible de qualifier les relations juridiques caractéristiques du trust au regard des catégories juridiques de droit interne pour en déduire la fiscalité applicable ».

C'est pourquoi, le législateur a instauré un dispositif créant des faits générateurs d'imposition sans lien avec la réalité proprement juridique des mécanismes sur lesquels reposent les trusts étrangers.

Toutefois, il conviendra de préciser que ce dispositif fiscal ne s'applique pas aux fiducies françaises qui elles font l'objet de règles différentes.

**9** – Malgré la mise en place de règles fiscales spécifiques au trust, certains points demeurent irrésolus.

En effet le trust va produire ses effets en France dans quatre cas de figure principalement :

- A l'expiration d'un trust, les bénéficiaires d'une donation ou d'une succession peuvent se trouver être des résidents de France. Il en va de même pour le constituant d'un trust qui fait sortir un bien de son patrimoine. Qu'en est-il alors des droits de mutation ?
- Les personnes qui bénéficient de produits émanant d'un trust et qui ont leur domicile fiscal en France sont, par principe, imposables sur leurs revenus mondiaux. Comment sont-elles imposées ?
- Les biens mis en trust peuvent aussi se situer sur le territoire français. Ainsi des questions vont se poser pour l'ISF et les droits de mutation.
- Une question se pose aussi sur le fait de savoir comment l'on doit traiter les produits des actifs transférés hors de France entre les mains d'un trust par des entreprises françaises.

C'est aussi pour toutes ces raisons économiques et les sommes potentiellement imposables qui se trouvaient en jeu, que le droit fiscal français ne pouvait ignorer le trust.

Par conséquent, nous constatons que la France semble s'éloigner de son objectif premier à savoir concurrencer le trust des pays de common law.

**10** – C'est pourquoi il conviendra de s'interroger sur le fait de savoir si la fiducie française pourra ou non concurrencer le trust anglo-saxon malgré cette difficulté d'appréciation, sur le plan juridique de la notion de patrimoine telle qu'elle est vue par le droit anglo-saxon, puisque

cette difficulté d'appréciation a aussi des conséquences sur le plan fiscal avec la création de faits générateurs d'imposition déconnectés de la réalité juridique.

**11** - Ainsi, nous verrons que le droit français peine à appréhender, sur le plan juridique, la notion de trust du fait que ce dernier met en place une véritable dissociation du droit de propriété ce qui est complètement inconnue dans notre droit civil (chapitre I).

Effectivement, le bien mis en trust fait l'objet de deux propriétés conjointes à savoir la propriété juridique qui appartient au trustee, qui concerne le fiduciaire et la propriété économique, qui elle appartient au bénéficiaire.

Alors que pendant ce temps là, la fiducie française est elle tiraillée entre la conception romaine de la fiducie, basée sur le contrat, et la notion de trust anglo-saxon, d'avantage fondée sur un dédoublement du titre de propriété.

De cette façon, le droit français, sur le plan fiscal, a opéré une distinction entre les deux institutions puisque celui-ci a prévu pour chacune d'entre elles un régime fiscal spécifique (chapitre II).

## **Chapitre I : Des différences fondamentales, sur le plan juridique, entre les notions de trust et de fiducie**

**12** – Certes, les divers intervenants de ces deux institutions que sont le trust et la fiducie peuvent être rapprochés. Toutefois, la notion de patrimoine va s'avérer être la clé de voute des différences sur le plan juridique de ces deux institutions ce qui aura pour conséquence que, les actes constatant la constitution d'un trust ou d'une fiducie n'auront eux aussi pas la même nature. Ainsi, le trust permettra plus de liberté à son constituant quant à sa finalité du fait de ses multiples déclinaisons contrairement à la fiducie qui est quant à elle moins permissive.

### **Section 1 : Les divers intervenants d'une relation triangulaire**

**13** – Le trust et la fiducie mettent en relation principalement trois personnes qui sont normalement distinctes. Cependant, il pourra y en avoir d'avantage, s'il y a plusieurs bénéficiaires, ou moins, si par exemple, le constituant est en même temps bénéficiaire.

#### **I) Le constituant**

##### ***A) Dans le trust***

###### **1) Définition**

**14** – Le settlor (constituant) est le créateur du trust, c'est à dire que c'est cette personne qui décide de remettre son bien, ou plusieurs de ses biens à un trustee (gérant du trust).

Cette remise des biens au trustee va avoir un effet juridique non négligeable.

###### **2) Le « privilège » juridique de la mise en trust d'un bien**

**15** – En effet, une fois qu'il aura remis son ou ses biens au trustee, le settlor ne sera alors plus propriétaire, au sens juridique, du ou des biens mis en trust. Ainsi, ces derniers seront alors devenus la propriété légale du trustee.

Par conséquent, le ou les biens mis en trust seront soustraits à l'action des créanciers personnels du constituant, ce qui veut donc dire que le settlor met ces biens à l'abri d'une éventuelle action d'un de ses créanciers à son encontre.

Cet effet de la mise en trust d'un bien n'est par conséquent pas négligeable pour le settlor car ce dernier peut, par le biais de la constitution d'un trust, mettre une partie de son patrimoine à l'abri et de cette façon, réduire l'assiette du gage de ses créanciers.

Cependant, le juge de l'équité vient limiter cet avantage apporté par la mise en trust d'un bien.

### 3) Une institution sous la surveillance du juge

**16** – Toutefois, ce privilège qu'accorde le mécanisme du trust au settlor est contrôlé par le juge.

Ce dernier, statuant en équité, va vérifier qu'il n'est pas fait un usage abusif du trust. En effet, le juge va principalement vérifier que la personne qui constitue le trust ne cherche pas à se soustraire frauduleusement au paiement de l'une de ses propres dettes en créant un trust.

Par ailleurs, dans d'autres pays connaissant de l'institution de trust, le législateur est intervenu pour prohiber cette pratique consistant à se soustraire au paiement de droits en utilisant le trust.

## ***B) Dans la fiducie***

### 1) Définition

**17** – Tout comme dans le trust, le constituant ou fiduciaire transfère la propriété de biens, de droits ou de sûretés lui appartenant à un fiduciaire qui a la charge de les gérer dans un but déterminé.

Par ailleurs, depuis la loi dite « LME » du 4 août 2008, il est possible pour le constituant d'être soit une personne morale soit une personne physique<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Voir Art. 18 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008. Voir aussi Art. 2029 C. civ. dans lequel il est écrit « le constituant personne physique ».

Toutefois, la loi vient poser des limites à la qualité de constituant pour les personnes physiques.

## 2) Les limites à la qualité de constituant

### *a) Les barrières posées par le Code civil*

**18** – Le Code civil vient limiter la possibilité pour certaines personnes de constituer une fiducie. Ainsi, la possibilité de constituer une fiducie est refusée aux personnes qui font l'objet d'une mesure de tutelle. En effet, un tuteur ne peut transférer les biens d'un majeur protégé.

L'article 509, 5° du Code civil<sup>26</sup> dispose à cet égard que « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :

5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. »

De plus, les mineurs se verront eux aussi refuser la possibilité de constituer une fiducie. En ce sens, nous pouvons citer l'article 408-1 du Code civil<sup>27</sup> qui dispose que « les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire. »

**19** – En revanche, les personnes sous curatelle peuvent conclure un contrat de fiducie avec l'assistance de leur curateur. L'article 468 du Code civil alinéa 2<sup>28</sup> prévoit que « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux. »

Cependant, notre Code civil n'est pas le seul à poser des limites à la qualité de constituant.

### *b) Le périmètre fiscal*

**20** – Selon la règle de territorialité, le constituant doit être résident d'un Etat de l'Union européenne ou d'un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en

---

<sup>26</sup> Art. 509, 5° C. civ.

<sup>27</sup> Art. 408-1 C. civ.

<sup>28</sup> Art. 468 alinéa 2 C. civ.

vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale.

## **II) Le fiduciaire**

### ***A) Dans le trust***

#### 1) Définition

**21** – Le trustee est donc la personne à qui le bien est remis. Cette personne appelée « administrateur » du trust dans le Code général des impôts est le propriétaire légal du bien. Au sens de la Common Law, ce dernier a la « legal ownership ».

Toutefois, les biens mis en trust sont distincts de son patrimoine personnel ce qui a pour conséquence encore une fois qu'ils sont soustraits à l'action de ses propres créanciers.

De plus, si le trustee est une personne physique, les biens ne feront donc pas partie de sa succession.

En dehors du fait que le trustee se voit remettre un ou plusieurs biens, sa mission principale est de gérer ces derniers au profit d'une personne ce qui a pour conséquence qu'il a des obligations envers le settlor mais aussi le beneficiary.

#### 2) Les limites au droit de propriété du trustee

**22** – En effet, le trustee sera à la fois tenu par les stipulations de l'acte constitutif du trust mais aussi par la « beneficial ownership » ou encore appelée « equity ownership »<sup>29</sup> dont dispose le beneficiary. Cette dernière est une propriété de jouissance qui est reconnue au bénéficiaire.

---

<sup>29</sup> Ce droit de jouissance reconnu par l'equity au profit du beneficiary est plus fort que le droit légal reconnu au profit du trustee. En effet, en cas de conflit entre la Common Law et l'equity, c'est à dire entre la loi et l'équité, c'est l'equity qui l'emporte.

*a) Les obligations du trustee envers le settlor*

**23** – Quant à la gestion des biens mis en trust, le trustee a, par principe, les pouvoirs les plus étendus. De cette manière, il doit prendre toutes les dispositions nécessaires à la conservation du bien, y compris le fait d’aliéner un bien mais à charge pour ce dernier d’en conserver le prix et d’en effectuer le emploi. Il doit aussi disposer du capital et des revenus du trust conformément aux dispositions de l’acte constitutif. De ce fait, les pouvoirs du trustee seront prévus dans le trust-deed, qui est l’acte de trust, mais nous pouvons ajouter que le Trustee Act de 1925<sup>30</sup> cite lui aussi un certain nombre de pouvoirs qui sont automatiquement conférés au trustee et donc qui n’ont pas à être nécessairement mentionnés dans l’acte de trust.

Si le trustee ne respecte pas les dispositions de l’acte de trust, il commet alors un « breach of trust » et pourra par conséquent être révoqué judiciairement.

Ainsi, nous constatons que le trustee doit toujours remplir ses devoirs. En revanche, concernant ses pouvoirs, il doit toujours examiner l’opportunité de les exercer ou non. De ce fait, il a simplement la faculté d’exercer ou non ses pouvoirs. En effet, si le trustee exerce ses pouvoirs, il doit le faire en homme d’affaires raisonnable (« reasonable man of business »). Rappelons qu’à la base, le trustee est une personne de confiance chargée de gérer les affaires du settlor.

De plus, le trustee, surtout lorsqu’il s’agit d’une personne morale<sup>31</sup>, pourra être rémunéré pour la mission qui lui est confiée. Si l’acte constitutif de trust ne prévoit pas cette faculté de rémunération pour le trustee, ce dernier pourra saisir les tribunaux qui statueront sur le fait de savoir si il est juste ou non de le rémunérer au vu de sa mission.

*b) Les obligations du trustee envers le beneficiary*

**24** – Vis à vis des beneficiary, le trustee est chargé de gérer, c’est à dire qu’il va devoir exploiter le trust et ne devra pas en tirer un profit personnel. De ce fait, il lui est donc interdit de se placer dans une situation où son intérêt et son devoir pourraient s’opposer.

Par conséquent, nous constatons que les pouvoirs du trustee vont donc varier en fonction de la nature des droits des bénéficiaires<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Possibilité de consulter le Trustee Act de 1925 sur le site suivant : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/19/contents>

<sup>31</sup> De nos jours en pratique, le trustee qui gère le trust est presque toujours une personne morale de type établissement de crédit ou établissement d’investissement.

<sup>32</sup> Pour plus de précisions voir :

De plus, il a normalement une mission d'information à l'égard des bénéficiaires, en particulier lorsqu'il s'agit d'un trust utilisé en matière commerciale ou financière<sup>33</sup>.

En cas de perte subie par le trust à la suite d'une contravention au trust, l'equity est sévère puisqu'elle autorise le bénéficiaire à pouvoir poursuivre le trustee pour obtenir réparation d'une telle perte.

Cependant, le Trustee Act de 1925<sup>34</sup> prévoit que les tribunaux pourront ne pas retenir un breach of trust contre le trustee lorsque ce dernier aura agi de bonne foi et en bon père de famille, malgré le fait qu'il ait provoqué une diminution de la valeur du trust.

Par ailleurs, il arrive souvent que l'acte de trust prévoie l'institution d'un protector qui aura pour mission de contrôler la gestion du trustee. Attention, il ne s'immiscera toutefois pas dans la gestion quotidienne du trust.

A cet égard, afin de contrôler la gestion du trust, le protector disposera du pouvoir de nommer ou révoquer le trustee.

## ***B) Dans la fiducie***

**25** – Comme dans le trust, le fiduciaire se voit remettre un ou plusieurs biens en vue de la gestion de ces derniers dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Là aussi, les biens mis en fiducie forment un patrimoine séparé, c'est à dire qu'ils sont distincts du patrimoine personnel du fiduciaire. Ainsi est reconnue en droit français la notion de « patrimoine d'affectation ». Toutefois, nous verrons par la suite que la fiducie n'emporte pas un démembrement de propriété comme peut le faire le trust.

De plus, la fiducie fait l'objet d'un contrat ce qui aura pour conséquence, en principe, que les missions du fiduciaire seront définies dans celui-ci. Cela pourra aller de la simple administration à la gestion intégrale des biens mis en fiducie.

---

O. Moreteau, *L'étendue des droits des bénéficiaires du trust en droit anglais*, Mémoire, Institut de Droit comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin, Lyon 3, France, 1999.

<sup>33</sup> Certains trusts sont en effet constitués pour l'émission de valeurs mobilières ou pour la représentation collective d'obligataires.

<sup>34</sup> Voir supra note 28

Par ailleurs, concernant la personne même du fiduciaire, il ne pouvait s'agir auparavant que d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'investissement ou d'une entreprise d'assurance. Désormais, depuis le 1<sup>er</sup> février 2009<sup>35</sup>, les avocats peuvent également être désignés en qualité de fiduciaires.

Tout comme le constituant, le fiduciaire devra être résident d'un Etat de l'Union européenne ou d'un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales.

Nous pouvons aussi préciser qu'il résulte de la loi que nul ne peut se constituer fiduciaire sur ses propres biens. La loi exclut donc la confusion des qualités de constituant et de fiduciaire, à la différence du trust où le settlor peut déclarer qu'il détient des biens en qualité de trustee pour le compte de tiers.

Toutefois, nous verrons qu'il n'en va pas de même pour la personne ayant la qualité de bénéficiaire.

### **III) Le bénéficiaire**

#### ***A) Dans le trust***

**26** – En fonction du type de trust mis en place par le settlor, on pourra avoir deux types de bénéficiaires.

##### 1) Le bénéficiaire en revenus

**27** – Le beneficiary est la personne qui va bénéficier des revenus versés par le trustee dans les conditions fixées par l'acte constitutif du trust. Il pourra y avoir plusieurs bénéficiaires et le settlor pourra lui aussi être beneficiary<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Voir loi n° 2008-776, du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008, art. 18.

<sup>36</sup> Le settlor est surtout beneficiary dans les trusts dits « intervivos », c'est à dire entre vifs.  
Précision : la typologie des différents trusts sera développée par la suite dans ce chapitre I.

Comme nous l'avons évoqué auparavant, le beneficiary a donc la « legal ownership », c'est à dire la propriété de jouissance qui va lui permettre par conséquent, de percevoir les fruits du trust.

De plus, le beneficiary, qui est soit une personne morale soit une personne physique, pourra se plaindre en justice si elle considère que le trust est mal administré par le trustee.

Ainsi, le bénéficiaire peut être gratifié, par l'acte de trust, d'un avantage viager ou temporaire, consistant en l'attribution d'une somme d'un montant fixe ou variable, en fonction des revenus et des produits des biens mis en trust. Attention, toutes ces distributions de revenus seront faites conformément à l'acte de trust.

Si il y a plusieurs bénéficiaires, ils pourront être servis soit simultanément soit successivement suivant l'ordre fixé par l'acte de trust.

Par exemple, un constituant peut prévoir que les revenus du trust iront à ses petits-enfants mais que si l'un d'eux meurt, ces mêmes revenus iront alors aux enfants de ce dernier qui est décédé.

Mais il est aussi possible de constituer des trusts en vue d'accomplir certains objectifs et non pas de gratifier une ou plusieurs personnes. Par exemple, la jurisprudence a admis les « charitable trusts » lorsqu'il s'agit de soutenir une cause charitable. Par ailleurs, ils bénéficient souvent d'importants privilèges fiscaux.

## 2) Le bénéficiaire en capital

**28** – Le bénéficiaire en capital est la personne qui va se voir remettre le bien par le trustee à l'expiration du trust. Il se verra remettre le bien soit à l'expiration du trust, puisque ce dernier ne peut excéder une certaine durée en fonction du droit applicable, soit au décès du dernier bénéficiaire en revenus.

Bien entendu, il peut là aussi, comme pour les bénéficiaires en revenus, y avoir plusieurs bénéficiaires en capital.

Le bénéficiaire en capital va donc recevoir la pleine propriété du bien. Ainsi, la propriété du bien est transférée du settlor au bénéficiaire à l'expiration du trust sans que celui-ci ne soit

passé entre les mains d'une autre personne. C'est ce qui constitue l'originalité de ce mécanisme et qui ne peut être fait en France puisque notre droit prohibe la fiducie-donation<sup>37</sup>.

### ***B) Dans la fiducie***

**29** – Le bénéficiaire dans la fiducie sera aussi la personne qui bénéficiera des revenus que produit cette dernière.

Il pourra être une personne morale ou une personne physique résidents ou non de France.

Tout comme dans le trust, le constituant pourra lui aussi être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. En effet, en principe, le constituant doit être l'un des bénéficiaires car les biens transférés à la fiducie ont vocation à revenir dans son patrimoine à l'expiration de cette dernière puisque les biens ne peuvent pas être transmis à d'autres bénéficiaires en raison de la prohibition de la fiducie-donation comme nous l'avons évoqué précédemment.

De plus, nous pouvons préciser que le bénéficiaire, dans le cadre de la fiducie, ne sera pas partie au contrat de fiducie.

Mais comme nous le constatons, une notion semble être à l'origine de ces discordances entre ces deux mécanismes que sont le trust et la fiducie. Cette notion est celle de patrimoine, lequel nous le verrons est plus ou moins distinct des divers acteurs de ces institutions.

### **Section 2 : La clé de voute de ces discordances entre les deux mécanismes : la notion de patrimoine**

**30** – L'utilisation la plus classique du trust est de permettre la réduction de façon significative du patrimoine du settlor à son décès et par conséquent, des droits à payer à l'inverse de notre mécanisme de droit français, qui lui prohibe cette possibilité de transmission du patrimoine par le biais de la fiducie.

---

<sup>37</sup> Ce point sera développé par la suite dans le chapitre I.

## **I) La composition du patrimoine distinct**

**31** – Malgré la difficulté d’appréhension de la notion de patrimoine distinct, telle que vue par le système anglo-saxon, les deux mécanismes peuvent être composés de la même manière.

De ce fait, en ce qui concerne l’objet du transfert, pourront être remis en fiducie ou en trust, des immeubles<sup>38</sup> ou des meubles. Ces derniers pourront être corporels ou incorporels. De cette façon, pourront intégrer la fiducie des créances, des espèces, des contrats, des droits de propriété intellectuelle, des valeurs mobilières, des fonds de commerce, etc.

La fiducie pourra également porter sur des droits réels principaux, comme la propriété, l’usufruit ou la servitude, ou sur des droits réels accessoires, c’est à dire des droits attachés à un bien, telles que des sûretés.

Ainsi, le transfert peut porter sur des sûretés réelles, telles que l’hypothèque, le gage ou le nantissement, ou sur des sûretés personnelles, comme le cautionnement, la garantie autonome ou la lettre d’intention.

Enfin, ces biens, droits ou sûretés pourront être présents ou futurs, c’est à dire que leur existence est attendue comme certaine à l’avenir. De cette façon, nous pouvons prendre l’exemple d’un immeuble non encore acquis ou en construction.

## **II) Des conceptions différentes de la notion de patrimoine « d’affectation »**

**32** – Une fois composés, ces patrimoines, que ce soit le patrimoine fiduciaire ou le patrimoine du trust, vont tous deux être affectés à un but déterminé. Or, les deux conceptions du patrimoine « d’affectation », française et anglo-saxonne, ne sont pas les mêmes et c’est là l’enjeu majeur qui induit les différences de régime mais aussi de traitement fiscal entre ces deux notions.

---

<sup>38</sup> Précision : concernant les biens communs, dans le cas d’époux mariés sous le régime de la communauté, ceux-ci ne pourront être transmis dans un patrimoine fiduciaire qu’avec l’accord des deux conjoints. Art. 1424 alinéa 2 C. civ. : « De même, ils ne peuvent, l’un sans l’autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire. »

## ***A) La propriété du bien : l'origine de cette distinction***

### 1) La conception anglo-saxonne du patrimoine distinct

**33** – Comme nous avons pu le voir auparavant, la caractéristique essentielle du trust est que le bien in trust n'entre pas dans le patrimoine du trustee. En effet, ce dernier est « propriétaire » dans l'intérêt du bénéficiaire et non pas dans son propre intérêt. Ainsi, le trust donne naissance à une fragmentation du titre de propriété puisque l'on sépare l'administration du bien et la jouissance de ce dernier. De cette façon, nous nous retrouvons avec deux propriétaires puisque le trustee a le legal title tant dis que le beneficiary a lui l'equitable title.

Par conséquent, la distinction entre la « legal ownership » et la « beneficial ownership » est donc la clé de compréhension de ces deux mécanismes.

### 2) La conception romaine du patrimoine « distinct »

**34** – En France, notre conception du patrimoine est celle d'Aubry et Rau. Le patrimoine est « l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit ». Le patrimoine est donc soumis aux principes d'unité, d'indivisibilité et d'inaliénabilité<sup>39</sup>. De ce fait, cette conception permet à une personne de s'engager en garantissant que ses biens présents et futurs vont répondre de ses dettes actuelles et futures.

De plus, dans la fiducie romaine, on va considérer que les biens sortent du patrimoine du constituant pour intégrer le patrimoine du fiduciaire qui va lui confondre ces biens transférés avec tous les autres biens de son patrimoine. Ainsi, nous constatons que pour la fiducie romaine, le bien transféré doit toujours avoir un propriétaire puisque dans ce mécanisme les biens placés en fiducie ne sont pas distincts de ceux appartenant au fiduciaire. Par conséquent, le fiduciaire est considéré comme le propriétaire des biens placé en fiducie du fait que ces derniers intègrent son patrimoine.

Donc nous constatons que cette absence de séparation entre les deux patrimoines permet de comprendre la différence fondamentale entre le trust et la fiducie romaine. De cette manière,

---

<sup>39</sup> Y. Emerich, Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens, RID comp., 1-2009, p. 49

cette conception a pendant longtemps empêché la fiducie de faire sa place dans notre droit car on se posait la question de savoir comment on pouvait admettre qu'une personne puisse disposer de deux patrimoines, à savoir l'un propre et l'autre fiduciaire.

### ***B) La remise en cause de la théorie classique : la notion de patrimoine « d'affectation »***

**35** – Le juriste français Pierre Lepaulle a remis en cause la théorie classique du patrimoine en s'inspirant de la doctrine allemande. Cet auteur est à l'origine, en France, de la notion de patrimoine « d'affectation ». Ainsi, selon l'auteur, le patrimoine n'est plus considéré comme une unité mais forme un patrimoine détaché. Pour Pierre Lepaulle le patrimoine est désormais « une masse de biens qui doit sa cohésion à son affectation à un but ».

Par conséquent, nous constatons que la conception de Pierre Lepaulle se rapproche de la conception anglo-saxonne du trust.

Par la suite, le législateur a timidement repris cette notion de patrimoine d'affectation en 2007 en introduisant la fiducie en droit français. Toutefois, le texte n'utilise pas cette terminologie puisqu'il utilise l'expression de « patrimoine fiduciaire » alors que les débats parlementaires faisaient eux clairement référence à ce concept évoqué par Pierre Lepaulle<sup>40</sup>.

### ***C) Le concept de patrimoine d'affectation mis à mal par le législateur***

**36** – L'article 2025 du Code civil<sup>41</sup> dispose que : le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. »

A la lecture de ce texte, nous pourrions penser que le législateur se tourne vers la notion de patrimoine telle que vue par le droit anglo-saxon. En effet, nous pourrions penser que les biens placés dans le patrimoine fiduciaire sont inatteignables pour les créanciers du constituant, comme cela est le cas dans le mécanisme du trust.

Mais finalement, l'on se rend compte que le « patrimoine fiduciaire » n'est pas séparé du patrimoine personnel du fiduciaire ni de celui du constituant.

---

<sup>40</sup> En ce sens, voir : rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007, p. 10.

<sup>41</sup> Art. 2025 C. civ.

Effectivement, l'alinéa 1 prévoit que les créanciers personnels du constituant ont des droits sur le patrimoine fiduciaire en cas de fraude à leurs droits, ou s'ils sont titulaires d'un droit de suite lié à la publication d'une sûreté antérieurement au contrat de fiducie.

L'alinéa 2 prévoit quant à lui qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers.

Ainsi, nous voyons là qu'il y a une grande différence de conception par rapport au mécanisme du trust où les créanciers personnels du trustee n'ont pas accès aux biens en trust et les créanciers du settlor ont quant à eux encore moins accès à ces biens.

De plus, la loi française prévoit à l'alinéa 3 du même article que le fiduciaire pourra être tenu personnellement responsable des dettes du patrimoine fiduciaire si une clause le prévoit. Toutefois, cette clause devra avoir été acceptée expressément par les créanciers du patrimoine fiduciaire. Mais cela peut poser la question de savoir quel créancier va accepter de réduire l'assiette de son gage car en acceptant cette clause il réduirait ainsi l'assiette de son gage.

Si nous voulions avoir un mécanisme comparable à celui du trust, il faudrait que les créanciers personnels du constituant ne puissent pas avoir de droits sur les biens en fiducie et inversement, les créanciers du patrimoine fiduciaire ne devraient pas avoir accès au patrimoine personnel du constituant, ni à celui du fiduciaire.

Par conséquent, nous constatons que certes, le législateur a intégré en droit français le concept de patrimoine fiduciaire mais ce dernier remet aussitôt en cause le principe même de patrimoine distinct par la mise en place de ce dispositif légal.

Cela est la raison pour laquelle nous pouvons affirmer le fait que le législateur reconnaît certes le principe de patrimoine « d'affectation » mais ne le nomme pas comme tel.

En définitive, nous constatons donc que la fiducie française est elle tirillée entre la conception romaine de la fiducie, basée sur la recherche nécessaire d'un propriétaire du bien mis en fiducie, et la notion de trust anglo-saxon, d'avantage fondée sur un dédoublement du titre de propriété.

C'est pourquoi, le droit français a accepté cette différence entre le concept français de patrimoine fiduciaire et le concept de patrimoine d'affectation du trust. De ce fait, nous avons

tenté d'assimiler la notion de trust en la rapprochant et en la comparant à certains de nos mécanismes.

### **III) Les interrogations soulevées par la notion de trust**

**37** – Comme nous l'avons vu auparavant, la fiducie n'est pas l'égale du trust. C'est pourquoi nous avons tenté de l'assimiler à d'autres notions que nous connaissons nous en droit français car le trust pose divers problèmes en pratique.

#### ***A) Les tentatives d'assimilation***

**38** – Lorsque le trust est régulièrement constitué à l'étranger, la jurisprudence reconnaît sa validité en France en tentant, le plus souvent, de l'assimiler à des institutions connues en droit français.

##### 1) La reconnaissance du trust en France

###### *a) L'application du principe de l'autonomie de la volonté*

**39** – La jurisprudence reconnaît, de manière incontestable, la validité des trusts constitués à l'étranger en fonction du principe de l'autonomie de la volonté, qui permet aux parties de soumettre leur acte à une loi connaissant le mécanisme du trust.

Pour appliquer le principe de l'autonomie de la volonté, cela supposait que le trust soit assimilé à un contrat. Ainsi, c'est ce qu'a fait la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 10 janvier 1970<sup>42</sup> où cette dernière a qualifié le trust de « contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et éventuellement des droits au profit des tiers ».

Par ailleurs, l'administration nous dit que « bien qu'ils ne constituent pas un élément du droit français, la jurisprudence admet que les trusts institués à l'étranger produisent des effets en France (CA Paris, arrêt du 10 janvier 1970), dès lors qu'ils ont été constitués en respectant les

---

<sup>42</sup> Voir : CA Paris, 10 janvier 1970, arrêt Courtois et autres c/ Consorts de Ganay.

lois en vigueur dans l'Etat de création et qu'ils ne comportent pas de dispositions contraires à l'ordre public français, en particulier à la réserve héréditaire. »<sup>43</sup>

Toutefois, la validité des trusts étrangers en France est soumise au respect de certaines conditions.

#### *b) Les conditions de la reconnaissance du trust*

**40** – Si l'on admet que le trust puisse produire des effets en France, sa validité n'est cependant possible que si le trust satisfait aux conditions suivantes :

- Il doit être constitué conformément aux lois en vigueur dans le pays en cause
- Il ne doit pas heurter l'ordre public français et en particulier, il ne saurait porter atteinte :
  - aux clauses d'inaliénabilité, lorsqu'il existe des biens situés en France et relevant de la loi française ;
  - à la réserve héréditaire ;
  - aux règles relatives aux libéralités au profit de personnes futures.

Par conséquent, nous constatons que le trust peut être reconnu en droit français, même s'il heurte un principe fondamental de notre droit qui est que tout patrimoine repose nécessairement sur la tête d'un propriétaire.

Ainsi, nous avons tenté d'assimiler le trust à des notions connues du droit français afin de mieux comprendre ce mécanisme.

## 2) Les tentatives d'assimilation

### *a) Trustee et exécuteur testamentaire*

**41** – Le trustee, dont on a vu précédemment qu'il détenait la propriété juridique du bien, a parfois été rapproché d'un exécuteur testamentaire surtout, lorsque le trust est constitué à

---

<sup>43</sup> En ce sens, voir : BOI-DJC-TRUST n°1

cause de mort. Toutefois, cette assimilation n'est pas exacte car les pouvoirs du trustee sont bien supérieurs à ceux d'un exécuteur testamentaire.

En effet, le trustee est le propriétaire légal des biens alors que l'exécuteur testamentaire a pour seule mission de veiller au respect des dernières volontés du testateur.

Ainsi, le trustee a alors été qualifié de légataire universel mais encore une fois, cette comparaison n'est pas exacte dans la mesure où le trustee n'est pas le continuateur du défunt.

**42** – Enfin, on s'est aussi demandé si l'on pouvait assimiler le trustee à un mandataire. Là encore, ce rapprochement n'est pas possible du fait que le mandataire n'est pas le propriétaire légal des biens contrairement au trustee. En outre, il ne peut y avoir de mandat entre le bénéficiaire et le trustee car ce dernier gère les biens pour remettre les revenus, et éventuellement dans certains cas le capital, au bénéficiaire. Or, le bénéficiaire n'est pas signataire du trust deed (l'acte de trust) sauf dans le cas où il cumulerait en même temps la qualité de constituant mais cela supposerait alors que le trust ne soit pas déclaratif.

Toutefois, l'assimilation au mandat peut, dans certains cas, être appropriée si le bénéficiaire a le droit de révoquer le trustee. Ce sera principalement le cas dans les trusts *intervivos* révocables. De cette manière, on pourrait alors parler de « mandat implicite » mais là encore cette qualification se heurte au fait que le bénéficiaire n'est pas le propriétaire légal du bien.

#### *b) Trust et usufruit*

**43** – L'on a aussi songé à assimiler le trust à une sorte d'usufruit. En effet, le bénéficiaire étant comparé à un usufruitier percevant les fruits des biens mis en trust.

Toutefois, le bénéficiaire n'est pas réellement un usufruitier du fait que sa situation est moins avantageuse. Effectivement, il n'a aucun droit réel sur les biens et il n'en jouit pas directement puisqu'il bénéficie seulement des revenus ou du capital.

Un véritable usufruitier a la charge de conserver la « substance » du bien. Or, dans le cas d'un bien mis en trust, cette « tâche » incombe au trustee et non au bénéficiaire.

### *c) Trust et donation*

44 – Aujourd'hui, en présence d'un trust irrévocable<sup>44</sup>, la jurisprudence tend à assimiler le trust d'un bien à une donation car le settlor se dessaisit irrévocablement des biens mis en trust. Or, là encore un élément fait défaut puisqu'en droit français pour qu'une donation entre vifs soit parfaite, il faut que le donataire l'accepte expressément.

Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 932 du Code civil dispose que : « la donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. »

Certes, le settlor se dépossède bel et bien de manière irrévocable des biens mis en trust cependant, le donataire ne peut pas être le trustee car ce n'est pas lui qui est gratifié. En effet, c'est le bénéficiaire en capital qui est gratifié du bien mis en trust. Or, le problème qui se pose pour considérer que le bénéficiaire en capital a la qualité de donataire est le fait que celui-ci n'a à aucun moment accepté la donation puisqu'il n'est pas signataire de l'acte de trust.

Cependant, il sera possible de comparer le trust à une donation à la date de cessation du trust. En effet, lorsque le bénéficiaire va recevoir le bien, au moment de la cessation du trust, on pourra considérer qu'il a accepté le fait de recevoir ce bien.

Par conséquent, si l'on raisonne de cette manière, on pourrait alors considérer qu'un trust *intervivos* est comparable à une donation mais qui serait alors affectée d'une condition suspensive de temps.

En ce sens, nous pouvons citer un arrêt en date du 20 février 1996<sup>45</sup>. La première chambre civile de la Cour de cassation a en effet considéré que la constitution d'un trust pouvait être assimilée à une donation qui prendrait effet au décès du constituant.

---

<sup>44</sup> La typologie des différents trusts est développée par la suite dans le chapitre I.

<sup>45</sup> Voir : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 1996, n° 423, P. Zieseniss, JCP G, n° 22, p. 233

« Attendu cependant, que la cour d'appel avait constaté que, lors de la constitution du trust le 11 mai 1953, Marie-Louise X... s'était dépouillée d'un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le trustee de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par elle à cette date ; que cette opération, dont, comme le relève la cour d'appel, les parties ne contestaient ni la régularité au regard du droit américain ni qu'elle était dictée par une intention libérale en faveur des bénéficiaires, a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour ».

Cette analyse a par la suite été confirmée par un autre arrêt de la Cour de cassation qui assimile un trust irrévocable à une mutation à titre gratuit<sup>46</sup>.

### ***B) Des difficultés pratiques***

**45** – Le droit anglais ne connaît pas le système français de la réserve légale. En conséquence, une personne peut librement disposer de ses biens.

Par conséquent, le trust permet, en effet, de gratifier des personnes qui ne sont pas des héritiers du constituant et ainsi, d'organiser une succession sur plusieurs générations.

Mais un problème va se poser en pratique, en cas d'application de la loi successorale française, lorsqu'il va exister des héritiers réservataires.

Par exemple, si le constituant décède et que ce dernier est domicilié en France, alors le trust ne pourra s'exécuter en France que sur la quotité disponible, sauf cas de renonciation anticipée à l'action en réduction. Il en ira de même lorsque sera ouverte la succession d'un non-résident, laquelle sera soumise à la loi française.

Malgré ces divergences quant à la conception de la notion de patrimoine entre ces deux mécanismes, ces deux institutions que sont la fiducie et le trust reposent toutes deux sur un contrat.

### **Section 3 : Les actes permettant la mise en place de ces montages juridiques**

**46** – Comme nous l'avons rappelé auparavant, la fiducie a été intégrée dans notre droit en 2007 afin de le rendre plus attractif mais aussi pour répondre aux besoins des entreprises françaises.

Pour reprendre les propos du Sénateur Marini, la fiducie est « un contrat synallagmatique translatif de propriété à titre temporaire et pour une fin déterminée, impliquant une relation triangulaire. Un constituant transfère ainsi des biens ou droits de son patrimoine à un fiduciaire, qui s'engage à les gérer au profit d'un bénéficiaire et à les restituer au terme du

---

<sup>46</sup> CA Rennes, 4 mai 2005, n° 03-4727, 1<sup>ère</sup> ch. A, DSF du Finistère c/ Crts Tardieu de Maleissye, RJF 4/06, n° 471.

contrat. Ce bénéficiaire n'est pas, en tant que tel, partie au contrat mais peut être le constituant, le bénéficiaire ou un tiers. »

Ainsi, la fiducie se distingue du trust car ce dernier n'est pas nécessairement contractuel et peut donc naître de l'engagement unilatéral de volonté du settlor.

De plus, à la lecture de l'article 2012 du Code civil<sup>47</sup>, on constate que la fiducie est un contrat nommé<sup>48</sup> dont les caractéristiques sont définies par la loi.

## **D) Le contrat de fiducie**

### ***A) Le contenu du contrat***

**47** – Le contrat de fiducie doit être passé par écrit et contenir les mentions obligatoires suivantes :

- L'indication des biens et droits transférés ;
- L'identité du ou des constituants et celle du ou des fiduciaires ;
- La désignation des bénéficiaires ou les règles de leur désignation ;
- La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs ;
- La durée de la fiducie, limitée à 99 ans ;
- En cas de fiducie conclue à titre de garantie par une personne physique, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.

---

<sup>47</sup> Art. 2012 C. civ.

Ce dernier dispose en son alinéa 1 que : « La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse. »

<sup>48</sup> Le contrat nommé est un contrat qui est qualifié et réglementé par la loi. Ainsi, ils ont un nom et sont connus par la loi qui fixe leur régime juridique.

Dans ce type de contrat, si les parties ne détaillent pas leurs engagements alors ces dernières pourront se référer au Code civil qui viendra y suppléer.

Par ailleurs, le contrat de fiducie devra être conclu par un acte notarié, à peine de nullité lorsqu'il porte sur un bien dépendant d'une communauté entre époux ou un bien indivis<sup>49</sup>.

### ***B) L'information des tiers***

**48** – Afin d'informer les tiers, il est prévu qu'à peine de nullité, le contrat de fiducie ainsi que ses avenants doivent être enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsque les biens transférés sont des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils doivent aussi être publiés au bureau des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble.

A défaut de publication au bureau des hypothèques, le contrat de fiducie encourra là aussi la nullité.

### ***C) Le registre national des fiducies***

**49** – Ce registre national des fiducies a été mis en place par un décret du 2 mars 2010<sup>50</sup>. Ce registre a pour but de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Les informations traitées par le registre sont les suivantes :

- Noms, prénoms, adresse, dates et lieux de naissance des personnes physiques ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes physiques désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ;

---

<sup>49</sup> Art. 2012 alinéa 2 C. civ. : « Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »

<sup>50</sup> d. 2010-219 du 2 mars 2010, relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », JO 4 mars 2010, p. 4442.

- Dénomination sociale, numéro de Siren et adresse du siège social ou de l'établissement des personnes morales ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes morales désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires ;
- Date et numéro de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants et identification du service des impôts auprès duquel la formalité a été accomplie ;
- Le cas échéant, date d'accomplissement des formalités de la publicité foncière, numéro de publication et identification du service auprès duquel les formalités ont été accomplies.

Les informations seront conservées pendant dix ans après la fin du contrat de fiducie.

#### ***D) La fin du contrat de fiducie***

**50** – Le contrat de fiducie pourra prendre fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celui-ci a lieu avant le terme.

Dans le cas où les bénéficiaires renonceraient à la fiducie, le contrat de fiducie prendrait alors également fin de plein droit sauf si les stipulations de ce dernier prévoient les conditions dans lesquelles il se poursuit.

Par ailleurs, il prendra aussi fin lorsque le fiduciaire fera l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou qu'il disparaîtra à la suite d'une cession ou d'une absorption.

Si le fiduciaire est un avocat, le contrat de fiducie prendra fin en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.

Lorsque le contrat de fiducie prend fin et qu'il n'y a pas de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés mis en fiducie feront de plein droit leur retour au constituant.

Si le contrat prend fin suite au décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit son retour à la succession.

## **II) Le trust deed**

**51** – L'acte du trust est le trust deed. Toutefois, il faut savoir que cet acte n'est pas en pratique nécessaire pour la constitution d'un trust.

### ***A) Un engagement unilatéral***

**52** – Le trust n'est pas à proprement parler un contrat. En effet, ce dernier résulte d'un engagement unilatéral du constituant qui transfère une partie de ses biens à un trustee qui a la charge de les utiliser au profit du bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Au contraire, le contrat va lui naître à la suite d'un accord de volonté entre les parties. Chacune des parties va s'engager à fournir une contrepartie en échange de la promesse faite par l'autre partie. Ainsi, le contrat va donner des droits personnels à chacune des parties envers l'autre partie contrairement au trust qui lui crée un droit réel, un droit de propriété équitable au profit de tiers que sont le trustee et le beneficiary.

Par ailleurs, dans le contrat l'objet du contrat, c'est à dire le bien, droit ou sûreté, est transféré du patrimoine de la partie constituante au patrimoine de l'autre partie alors que dans le trust le bien qui est transféré par le settlor n'entre pas dans le patrimoine du trustee. En effet, il constitue une masse indépendante qui est disponible seulement au profit du bénéficiaire.

Un autre élément permet de distinguer l'acte de trust du contrat de fiducie. Il s'agit de la contrepartie.

### ***B) L'absence de contrepartie***

**53** – La principale distinction entre le trust et le contrat est la consideration (contrepartie) qui est certes un élément essentiel dans le contrat de common law mais qui en revanche n'est pas un élément fondamental du trust.

Contrairement au contrat qui va lui créer des droits personnels entre les parties, le trust va quant à lui engendrer des droits propriétaires, c'est à dire un droit de propriété légale et un droit de jouissance, au profit du trustee et du bénéficiaire.

En effet, le bénéficiaire n'est pas, en général, obligé envers le trustee ni même envers le settlor.

### ***C) En présence d'un acte de trust***

**54** – En revanche, en présence du trust deed (l'acte de trust), le trustee sera tenu par cet acte car il va devoir suivre les instructions qui se trouvent dans ce dernier.

En effet, ces pouvoirs vont ainsi varier en fonction de ce qui sera prévu dans le trust deed. Par conséquent, le trustee sera tenu de suivre les instructions données par le settlor et contenues dans l'acte de trust, au risque de commettre un breach of trust s'il ne respecte pas les obligations contenues dans l'acte.

De ce fait, il pourra alors être prévu comment s'opéreront les investissements ou les distributions envisagées par le settlor au profit du bénéficiaire.

Toutefois, le trustee conservera une certaine liberté puisqu'il disposera d'un pouvoir d'appréciation quant aux opérations à effectuer.

De plus, grâce au Trustee Act de 1925, le trustee aura certains pouvoirs « naturels » qui n'auront pas besoin d'être mentionnés dans le trust deed.

Cependant, les obligations et pouvoirs des parties seront déterminés en fonction du type de trust ou de fiducie choisie par le constituant.

## **Section 4 : Classification des différents trusts et fiducies**

**55** – Lorsque le constituant constitue un trust ou une fiducie, il le fait toujours dans un but déterminé et en fonction de celui-ci, certains types de trusts ou de fiducies seront plus ou moins adaptés.

### **I) Les diverses fiducies**

**56** – La fiducie française est composée de trois types de fiducies. Ainsi nous pouvons citer, la fiducie aux fins de gestion, la fiducie à des fins de sûretés et la fiducie dite transmission mais qui sera prohibée si elle est à titre gratuit.

## ***A) La fiducie-gestion***

57 – La fiducie-gestion est un contrat qui permet au constituant de transférer des biens ou droits à un fiduciaire qui aura la charge de les gérer soit dans l'intérêt du constituant soit dans l'intérêt d'un bénéficiaire<sup>51</sup>.

Ainsi, grâce à ce mécanisme, le constituant pourra extraire de son patrimoine un ou plusieurs biens ou droits pour les soumettre au fiduciaire qui aura la charge de la gérer pour le constituant ou un bénéficiaire<sup>52</sup>.

Grâce à la fiducie-gestion, on pourra avoir recours à la gestion de certains actifs comme un fonds de commerce, un immeuble, un bateau, des instruments financiers, ou même, on pourra créer des structures, comme dans le trust, destinées à faire face à des engagements futurs comme le paiement des retraites ou la dépollution d'un site industriel.

Par ailleurs, la fiducie permettra, au sein d'un groupe de sociétés, d'éviter de constituer une holding en confiant à un fiduciaire la gestion des participations. Par conséquent, elle permettra la réalisation d'opérations financières et bancaires complexes comme l'émission d'obligations puisqu'elle dispense de consulter l'assemblée générale des obligataires.

Cependant, il faudra faire attention puisque la fiducie ne permet pas au constituant de se décharger de son seul passif au mépris de droits des créanciers. En effet, le transfert de passifs isolés est exclu.

Enfin, nous pouvons aussi évoquer le fait que l'on va pouvoir gérer les sûretés par le biais de ce type de fiducie.

En effet, la fiducie facilitera les syndications bancaires, c'est à dire que l'agent des sûretés<sup>53</sup> va s'occuper d'une fiducie mais pour le compte de plusieurs personnes. De cette manière, il gèrera les différentes sûretés réelles qui garantissent les créances de plusieurs créanciers<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, RID comp., 1983, Volume 35, n° 2, p.446-447

<sup>52</sup> L'article 2016 du Code civil permet au constituant d'être le bénéficiaire. Ainsi, le fiduciaire lui rétrocèdera le patrimoine initialement transféré.

<sup>53</sup> Le droit de la Common Law connaît son équivalent avec l'institution du security trustee.

<sup>54</sup> Voir notamment :

P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D., 2007, p. 1354.

F. Barrière, *La fiducie-sûreté*, JCP E., n°36, 2009, 1808

F. Barrière, *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, JCP E., n° 35, 2008, act. 385

## ***B) La fiducie-sûreté***

**58** – « C'est le contrat par lequel une personne (débitrice ou simple constituant d'une sûreté pour autrui) transfère la propriété de biens ou de droits à un fiduciaire à titre de garantie d'une obligation »<sup>55</sup>.

Cette technique va donc permettre le transfert d'un élément d'actif du patrimoine du constituant vers le patrimoine fiduciaire au bénéfice d'un créancier. Ainsi, à défaut de paiement de la dette garantie, le fiduciaire-créancier acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie. En revanche, si le créancier n'a pas la qualité de fiduciaire, il pourra alors exiger la remise du bien dont il pourra par conséquent librement disposer.

De plus, si le contrat de fiducie le prévoit, il pourra exiger la vente du droit ou bien cédé en garantie et de cette façon, il pourra ordonner que lui soit remis toute ou partie du prix de vente. En effet, puisque si la valeur des biens transférés excède le montant de la dette garantie, le bénéficiaire devra verser au constituant une somme égale à la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette garantie<sup>56</sup>.

Il conviendra de préciser que les mêmes règles s'appliqueront pour le fiduciaire-créancier qui céderai le bien ou droit en application du contrat de fiducie.

Pour finir, nous pouvons ajouter que le Code civil prévoit un mécanisme original qui est celui du « rechargement » de la fiducie<sup>57</sup>. De cette façon, lorsqu'un bien est transféré dans un patrimoine fiduciaire, le constituant pourra affecter une partie de sa valeur à la garantie d'une nouvelle créance, si la créance initiale a été partiellement remboursée ou si la valeur du bien est supérieure à la créance garantie initialement.

## ***C) La fiducie-libéralité***

**59** – En droit anglo-saxon, la libéralité est l'objet traditionnel du trust. En effet, cette institution permet d'organiser le transfert d'un patrimoine à un fiduciaire qui le transmettra à

---

<sup>55</sup> S. Prigent, *Deuxième pas en fiducie*, AJDI, 2009, p.421

<sup>56</sup> Art. 2372-3 C. civ. pour les biens mobiliers

Art. 2488-3 C. civ. pour les biens immobiliers

<sup>57</sup> Art. 2372-5 C. civ. pour les biens mobiliers

Art. 2488-5 C. civ. pour les biens immobiliers

son tour à titre gratuit à un bénéficiaire. Par conséquent, le trust permet d'organiser la succession des personnes physiques.

En France, le législateur a prohibé ce type de fiducie lorsqu'il a introduit la fiducie dans notre droit en 2007. Ce dernier pensait qu'elle allait être utilisée pour échapper à l'impôt sur les transmissions à titre gratuit comme les successions et les donations.

Par ailleurs, à l'époque de l'introduction du mécanisme de la fiducie en droit français, les débats parlementaires soulignaient l'existence de nombreux mécanismes voisins qui permettaient de retrouver certains avantages de la fiducie comme les « donations partages, les donations ou legs de résidence, l'usufruit successif, les donations sans conditions suspensives ou encore les rentes viagères. Surtout, la consécration récente du mandat posthume (...) ainsi que les libéralités graduelles et résiduelles (...) rend moins attractive encore la fiducie à fin de transmission »<sup>58</sup>.

De cette manière, la fiducie comportant une contrepartie est donc permise et « il n'est pas nécessaire que cette contrepartie soit financière, une simple prestation de service pouvant faire l'affaire »<sup>59</sup>.

De plus, en toute logique, nous pouvons ajouter que lorsque le constituant sera le bénéficiaire, la fiducie-libéralité ne sera pas prohibée du fait que la libéralité implique qu'il y ait une tierce personne, or là dans ce cas précis, il n'y en aura pas.

Ainsi, nous constatons qu'il existe une fois de plus une différence, sur le plan juridique, entre l'institution de fiducie et celle de trust.

## **II) Les divers trusts**

**60** – Tout ce que nous venons d'énoncer précédemment sur les trusts, est à peu près commun à tous les types de trusts ainsi qu'à toutes les législations qui connaissent de cette institution. Toutefois, il existe une multitude de trusts en fonction de leurs diverses caractéristiques.

---

<sup>58</sup> Rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007, p. 11.

<sup>59</sup> Rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007, p. 35.

## ***A) Typologie générale***

**61** – Cette variété de trusts résulte principalement des diverses législations applicables mais aussi de la volonté des différents constituants. Il est cependant possible de classer les principaux trusts.

### 1) Trusts intervivos et trusts testamentaires

**62** – Lorsque le trust sera constitué du vivant du settlor, il s’agira alors d’un trust dit « intervivos ». Dans le cas contraire, il s’agira d’un trust testamentaire.

Le trust intervivos, qui est le plus courant, est principalement utilisé dans le cadre de la gestion des fortunes privées. A l’inverse, le trust testamentaire est lui utilisé quand une personne voudra régler sa succession en détail sur plusieurs générations.

Le trust intervivos prendra fin à la date où les conditions suspensives prévues par le constituant dans l’acte de trust se réaliseront. C’est donc à ce moment précis que le bénéficiaire en capital appréhendera alors les biens mis en trust. Ces derniers lui seront remis par le trustee<sup>60</sup>.

### 2) Trusts révocables et trusts irrévocables

**63** – Si le trust est définitif, il est alors qualifié d’irrévocable. A l’inverse, s’il est temporaire, il sera dit révocable<sup>61</sup>.

Les critères de révocabilité ou d’irrévocabilité seront principalement déterminés par la loi sous laquelle le trust a été constitué.

Par ailleurs, il existe des trusts « hybrides ». Il s’agit notamment des « grantor trusts » américains. En principe, ils sont considérés comme irrévocables pendant les dix premières années, mais ils acquièrent le caractère révocable une fois que ce délai s’est écoulé.

Le pouvoir de révocation appartiendra au settlor, c’est à dire au constituant.

---

<sup>60</sup> Attention, le bénéficiaire en capital tient ses droits du constituant et non du trustee. Ce dernier est simplement là pour accomplir sa mission, c’est à dire remettre les biens au bénéficiaire en capital.

<sup>61</sup> C’est notamment le cas des trusts intervivos.

### 3) Trusts simples et trusts discrétionnaires

**64** – Dans les trusts simples, les revenus que va produire le trust seront distribués au fur et à mesure de leur réalisation. A l'inverse, dans un trust complexe ou discrétionnaire, le trustee a la faculté d'accumuler les revenus produits par le trust.

Toutefois, le trustee devra, bien évidemment, respecter ce qui est prévu au sein de l'acte de trust. En effet, en pratique, lorsqu'un settlor constitue un trust discrétionnaire, il va en règle générale émettre une « Letter of Wishes » qui va lui permettre de faire état de ses souhaits au trustee. Ainsi, par exemple, il pourra demander au trustee de lui verser un revenu en cas de besoin.

De plus, le constituant et/ou le bénéficiaire peuvent, dans les faits, conserver un certain contrôle sur le sort des biens mis en trust, ce qui aura pour conséquence de réduire la portée du caractère discrétionnaire du trust.

Il en ira de même lorsque le constituant contrôlera de manière indirecte le trustee par le biais du protector<sup>62</sup>. En effet, par exemple, si le protector est une société détenue ou contrôlée par le settlor.

#### ***B) Etude approfondie des droits du bénéficiaire***

**65** – Outre cette typologie générale précédemment évoquée, il existe une multitude d'autres variétés de trusts en pratique en raison des droits que peut détenir le bénéficiaire. En effet, les droits que détient un bénéficiaire peuvent être décisifs pour déterminer son assujettissement à l'impôt, tant sur les revenus que sur le capital qu'il peut recevoir du trust.

Les principaux droits (interests) dont le bénéficiaire peut être titulaire peuvent se classer dans un tableau<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Voir supra sur les divers intervenants du trust.

<sup>63</sup> Voir L. Bidaut, La fiducie face au trust, Le Petit Juriste (LPJ), 22 juin 2011.

Ou

<https://www.lepetitjuriste.fr/droit-international/droit-international-prive/la-fiducie-face-au-trust/>

Types de droits (Interests)	Spécificités
Absolute interest	Il aura la propriété à la fois legal et beneficial sur l'ensemble du patrimoine du trust, c'est à dire revenus et capital.
Limited interest	Ce droit confère le droit aux revenus mais pas en capital. Ce droit aux revenus est par ailleurs limité dans le temps (vie du bénéficiaire en général).
Interest in possession	Il a le droit d'utiliser les revenus si il y en a. Attention, ce droit doit être conféré par l'acte constitutif du trust.
Reversionary interest	Ce droit présente un caractère futur. Il pourra être soit vested ou contingent.
Vested interest	C'est un droit qui reviendra définitivement au bénéficiaire à une date ultérieure.
Contingent interest	C'est un droit qui reviendra définitivement au bénéficiaire à une date ultérieure mais assorti de la réalisation d'une condition.

**66** – Aujourd’hui, les trusts qui sont les plus répandus sont les trusts intervivos irrévocables qui ne comportent que des biens étrangers. Ainsi, les trustees sont presque toujours des sociétés étrangères. En général, il s’agit de filiales de banques et ces dernières n’aiment pas l’incertitude et ne veulent généralement pas gérer des biens français.

Cependant, les bénéficiaires ou même les constituants peuvent être des résidents de France ou le devenir suite à la constitution du trust.

**67** – Ainsi, nous pouvons affirmer que suivant le type de trust ou de fiducie choisie au moment de la constitution, les droits et obligations des divers protagonistes seront plus ou moins déterminés. Mais il faut par ailleurs savoir que suivant les droits que va pouvoir détenir un acteur de ce montage juridique, cela sera déterminant quant à son assujettissement à l’impôt.

## **Chapitre II : Le traitement fiscal des institutions de trust et de fiducie en droit français**

**68** – Du fait des difficultés d’appréhension de la notion de trust sur le plan juridique, le droit français a créé des faits générateurs d’imposition déconnectés de la réalité juridique. C’est pourquoi il convient de distinguer entre les divers impôts dont sont redevables les intervenants de ces deux institutions.

### **Section 1 : Les revenus de la fiducie et du trust**

**69** – Il conviendra de distinguer entre la fiducie et le trust.

#### **I) En matière de fiducie**

**70** – En ce qui concerne la fiducie, il faudra distinguer selon que le constituant exerce dans le cadre de son activité professionnelle ou dans le cadre de son patrimoine privé.

##### ***A) Le constituant exerçant dans le cadre de son activité professionnelle***

**71** – Le transfert de biens en fiducie peut aussi bien concerner les sociétés soumises à l’impôt sur les sociétés que les entreprises relevant de l’impôt sur le revenu.

##### **1) A la constitution**

###### ***a) Le sort des plus-values***

**72** – Au moment de la constitution de la fiducie, les plus-values constatées à l’occasion du transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire seront neutralisées. Les modalités de cette neutralisation sont quelque peu calquées sur le régime spécial des fusions.

Toutefois, il faudra respecter un certain nombre de conditions pour que ces plus-values puissent bénéficier de cette exonération :

- Le constituant doit exercer une activité industrielle, commerciale ou artisanale<sup>64</sup> sans distinguer selon qu'elle est exercée à titre professionnel ou non, une activité agricole<sup>65</sup>, une activité professionnelle non commerciale<sup>66</sup> ou une activité civile soumise à l'impôt sur les sociétés ;
- Les biens ou droits transférés en fiducie doivent être inscrits à l'actif du bilan du constituant ;
- Le constituant est désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie ;
- Le fiduciaire doit respecter un certain nombre d'engagement qui sont pris dans le contrat de fiducie.

Par ailleurs, la moins-value ou la perte nette n'est pas prise en compte dans le résultat imposable du constituant. De plus, les provisions<sup>67</sup> afférentes aux éléments d'actifs transférés qui conservent leur objet échappent elles aussi à l'impôt. Attention, ces dernières devront être reprises dans les comptes du fiduciaire.

#### *b) La transcription des apports*

**73** – Les actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être transcrits dans les comptes de la fiducie d'après les valeurs comptables dans les écritures du constituant lorsque ce dernier conserve le contrôle de la fiducie<sup>68</sup>. En revanche, la transcription s'effectue aux valeurs réelles dans le cas contraire.

---

<sup>64</sup> Une activité industrielle, commerciale ou artisanale au sens des articles 34 et 35 du CGI.

<sup>65</sup> Une activité agricole au sens de l'article 63 du CGI

<sup>66</sup> Une activité professionnelle non commerciale au sens de l'article 92, 1° du CGI

<sup>67</sup> Quel que soit le mode de transcription des actifs dans les comptes de la fiducie, le fiduciaire doit reprendre au passif du bilan de la fiducie les provisions afférentes aux actifs transférés qui, à la date du transfert en fiducie, ont conservé leur objet.

Le fiduciaire inclura dans le résultat de la fiducie, le moment venu, le profit né de la reprise.

<sup>68</sup> Art. 623-7 PCG

Le contrôle est établi lorsque le constituant satisfait deux des trois critères suivants :

- Pouvoir de décision sur les biens transférés ;
- Capacité de bénéficier de la majorité des avantages économiques de la fiducie ;
- Prise en charge de la majorité des risques.

Par ailleurs, le constituant est aussi présumé conserver le contrôle quand il est l'unique bénéficiaire.

## Alpha : La valeur comptable

**74** – Lorsque les actifs sont transcrits à la valeur comptable, de ce fait, aucune plus-value n'est dégagée dans les comptes de la fiducie. Ainsi, le fiduciaire inscrit dans les comptes de la fiducie les biens pour la valeur qu'ils avaient dans les comptes du constituant. Par conséquent les amortissements et provisions pour dépréciation sont eux aussi repris.

De plus, le fiduciaire va poursuivre le plan d'amortissement qui avait été établi par le constituant. Il va donc continuer d'amortir les éléments transférés sur la période restant à courir à partir de la date du transfert.

## Beta : La valeur réelle

**75** – Dans le cas d'une transcription à la valeur réelle, le fiduciaire devra réintégrer au résultat imposable de la fiducie les plus-values constatées sur les éléments d'actif amortissables selon des modalités analogues à celles prévues pour le régime des fusions. Il est cependant précisé que la période de réintégration ne pourra excéder la durée initiale du contrat de fiducie.

En contre partie de cette obligation de réintégration, le fiduciaire pourra calculer pour le compte de la fiducie les amortissements et plus-values ultérieurs d'après les valeurs réévaluées.

## 2) Le déroulement

**76** – Le fiduciaire doit pour chaque patrimoine fiduciaire être en mesure de fournir un bilan, un compte de résultat et une annexe<sup>69</sup>. Ainsi, le fiduciaire va déposer au service des impôts dont il dépend une déclaration n° 2031 récapitulant le résultat de la fiducie.

S'agissant du résultat de la fiducie, l'imposition sera faite selon les modalités applicables aux sociétés de personnes. Par conséquent, le résultat est déterminé selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le constituant. Le résultat est donc imposé directement au nom du constituant et s'incorpore à son résultat propre.

---

<sup>69</sup> Art. L. 123-12 à L. 123-15 C. com.

En cas de pluralité de constituants, ce résultat sera réparti proportionnellement entre eux en fonction de la valeur réelle des biens ou droits mis en fiducie par chacun.

Si la valeur des actifs transférés en fiducie venait à chuter, les droits correspondants inscrits à l'actif du bilan du constituant ne peuvent pas donner lieu à déduction d'une provision.

### 3) La cessation

77 – Quand le contrat de fiducie va prendre fin ou quand le constituant sera dissout ou qu'il cèdera ses droits détenus au titre du contrat de fiducie, le fiduciaire et le constituant vont être tenus de tirer à l'égard du patrimoine fiduciaire les conséquences d'une cessation d'entreprise<sup>70</sup>. La fin du contrat de fiducie va ainsi entraîner l'imposition immédiate de l'ensemble des bénéfices non encore taxés, y compris les plus-values constatées lors de la cessation de la fiducie et les provisions non encore réintégrées.

Toutefois, il y aura la possibilité de bénéficier d'un régime de neutralité en cas de retour des biens dans le patrimoine du constituant si deux conditions sont réunies :

- Le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire ;
- Le constituant respecte les mêmes engagements que ceux pris par le fiduciaire<sup>71</sup> pour l'application de la neutralité au moment du transfert des actifs en fiducie.

En ce qui concerne la valeur de transcription des actifs, ce sera la même que celle retenue lors de l'entrée des biens dans le patrimoine fiduciaire.

### ***B) Le constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé***

78 – Dans ce cas, la fiducie aura pour principale activité la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier.

---

<sup>70</sup> Art. 201 CGI

<sup>71</sup> Voir note n°65

## 1) Principe : L'imposition du constituant

### *a) Le déroulement de la fiducie*

**79** – Une fois constituée et lors de son déroulement, il faudra déterminer le résultat de la fiducie. Ce dernier sera imposé au nom du constituant<sup>72</sup>. Les règles de détermination et d'imposition sont celles correspondant à la nature de l'activité de la fiducie. Ainsi, selon les cas, il s'agira des règles des revenus fonciers, des revenus mobiliers ou encore des plus-values mobilières des particuliers.

Précisons que si il existe plusieurs constituants, chacun sera bien évidemment imposé pour la part de résultat correspondant à ses droits représentatifs ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire proportionnellement à leur valeur vénale à la date du transfert dans ce patrimoine.

Par ailleurs, la spécificité de la fiducie est que comme dans le cadre d'une société de personnes, le résultat est imposable au titre de l'année de sa réalisation même s'il n'a pas été appréhendé par le constituant.

### *b) La fin de la fiducie*

**80** – La fiducie va pouvoir prendre fin de façon définitive ou partielle de différentes façons. Par conséquent, la fiducie pourra prendre fin en cas de décès du constituant, de résiliation ou d'annulation de l'opération de fiducie, de transmission à titre onéreux de toute ou partie du patrimoine fiduciaire ou tout simplement lorsque celle-ci doit prendre fin car elle est arrivée à son terme<sup>73</sup>.

Ainsi, cette cessation de la fiducie, qu'elle soit totale ou partielle, entrainera l'imposition au nom du constituant des résultats déterminés à la date de cessation dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants du Code général des impôts<sup>74</sup>.

Toutefois, il est prévu des cas qui ne donneront pas lieu à l'imposition du constituant.

---

<sup>72</sup> Art. 238 quater O CGI

<sup>73</sup> Art. 238 quater P CGI

<sup>74</sup> Art. 201 et s. CGI

## 2) Exceptions : les cas générant une non imposition

### *a) A la constitution*

**81** – Au moment de la constitution de la fiducie, le transfert des biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire par le constituant ne sera pas un fait générateur d'impôt sur le revenu. Toutefois, il faudra que diverses conditions soient réunies<sup>75</sup> :

- Le constituant devra être désigné comme l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie ;
- Le fiduciaire devra inscrire, dans les écritures du patrimoine fiduciaire, les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant.

Ainsi, du fait de cette non-imposition du constituant, les plus-values qui seront constatées sur les biens au moment du transfert ne seront par conséquent pas imposables. Elles le seront seulement dans le cas où l'une de ces conditions ne serait pas remplie<sup>76</sup>.

### *b) A la cessation*

**82** – Au moment de la cessation de la fiducie, par exception au principe d'imposition du constituant, le retour des biens ou droits du patrimoine fiduciaire dans le patrimoine du constituant n'est pas un fait générateur d'impôt sur le revenu lorsque l'opération de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire et que le constituant prend l'engagement, dans l'acte constatant le transfert, de déterminer les plus ou moins-values en cas de cession ultérieure des biens ou droits concernés<sup>77</sup>.

Ainsi, il conviendra de différencier différents cas pour déterminer le prix de ces biens ou droits ou moment de calculer la plus ou moins-value en cas de revente ultérieure :

---

<sup>75</sup> Art. 238 quater N CGI

<sup>76</sup> Si les plus-values venaient à être imposées du fait qu'une de ces deux conditions ne se soit pas remplie, alors leur imposition se fera selon le régime d'imposition des plus-values des particuliers.

<sup>77</sup> Art. 238 quater Q CGI

- Si le constituant initial récupère les biens ou droits, on calculera la plus ou moins-value en fonction de la valeur d'acquisition de ces derniers par le constituant, c'est à dire avant qu'ils ne soient entrés dans le patrimoine fiduciaire.  
En revanche, si c'est la fiducie qui avait acquis ces biens ou droits, alors là on prendra en compte le prix d'acquisition des biens ou droits par la fiducie.
- Si il ne s'agit pas du constituant initial, on va prendre la valeur des biens ou droits au moment de l'acquisition de ses droits au titre de la fiducie.  
En revanche, si il s'agit de biens qui sont entrés dans la fiducie après l'acquisition de ses droits, on va prendre en compte le prix d'acquisition des biens ou droits par la fiducie.

## **II) En matière de trust**

**83** – Il conviendra de distinguer selon qu'il s'agit de produits distribués ou perçus par le trust.

### ***A) Les produits « distribués » par le trust***

**84** – Il conviendra de distinguer entre les produits réellement distribués et ceux qui sont non distribués. De plus il faudra s'interroger sur l'incidence d'éventuelles conventions fiscales.

#### 1) Les produits distribués

**85** – On va se poser la question de savoir comment sera imposé le bénéficiaire, résident de France, d'un trust étranger. Ainsi, il conviendra de s'interroger sur le régime applicable dans l'Etat de constitution du trust et sur le régime applicable en France.

##### *a) Dans l'Etat de constitution du trust*

**86** – Bien évidemment, le régime fiscal applicable sera celui mis en place par la législation nationale. Lorsque le bénéficiaire va percevoir les revenus qui sont distribués par le trustee, ces derniers seront certes soumis à l'impôt sur le revenu mais avec imputation des crédits d'impôts de source étrangère.

Ainsi, les distributions faites au bénéficiaire sont imposables au nom de celui-ci mais avec un crédit d'impôt égal à l'impôt payé par le trust.

*b) En France*

**87** – En France il conviendra de distinguer les revenus distribués par le trust au bénéficiaire mais aussi au trustee.

Alpha : Les produits perçus par le bénéficiaire

**88** – C'est le cas d'un bénéficiaire résident de France qui perçoit des revenus d'un trust étranger. La législation française nous dit que l'on doit considérer qu'il s'agit d'un produit imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers<sup>78</sup>.

Toutefois, il ne sera pas possible pour ce résident de France de bénéficier de l'abattement de 40% des revenus de capitaux mobiliers<sup>79</sup>.

Ainsi, quelle que soit l'origine des produits qui sont redistribués par le trust, le simple fait que ces produits soient distribués par un trust est qualifié fiscalement de revenus de valeurs mobilières et imposables comme tel. Par conséquent, nous constatons que la législation fiscale française ne prend pas en compte les particularités du trust<sup>80</sup>.

**89** – Par ailleurs une question demeure toujours incertaine en ce qui concerne la remise du capital. En effet, certains ont tenté d'assimiler cette remise du capital à une distribution de revenus et ainsi soumettre cette remise du capital à l'article 120, 9° du Code général des impôts.

Par conséquent, nous constatons que cette notion de « produits distribués par les trusts » est imprécise.

---

<sup>78</sup> Art. 120, 9° CGI

<sup>79</sup> Art. 158, 3-2° à 4° CGI

<sup>80</sup> En ce sens voir : BOI-RPPM-RCM-10-30-10-10 n° 130

**90** – Or il semblerait que l’attribution du capital à l’expiration du trust doit relever des droits de mutation et non pas de l’impôt sur le revenu et ce particulièrement depuis la réforme opérée en 2011<sup>81</sup>.

De plus, pour appuyer cette argumentation en ce sens, il est possible de se référer à la jurisprudence rendue sous l’empire de l’ancienne législation. En effet, il a été jugé que des sommes provenant de transferts du capital d’un trust britannique et attribuées à une personne fiscalement domiciliée en France ne sauraient être regardées comme un revenu imposable en tant que produit du trust au sens de l’article 120, 9° du CGI. Ces sommes n’ont le caractère de revenu qu’en ce qui concerne la quote-part des intérêts capitalisés des placements qui ont été réalisés au profit du bénéficiaire<sup>82</sup>.

#### Beta : Les produits perçus par le trustee

**91** – En ce qui concerne les produits perçus par les trustees personnes physiques, une distinction a été faite<sup>83</sup> :

- Les revenus des trustees qui donnent des conseils et des avis juridiques relèvent en principe de la catégorie des bénéfices non commerciaux (BNC).
- Les revenus des trustees qui administrent des biens mobiliers ou immobiliers relèvent des bénéfices industrielles et commerciaux (BIC).

Toutefois, on peut s’interroger sur le fait de savoir si cette distinction est toujours d’actualité. En effet, les avocats qui agissent en qualité de fiduciaires sont eux imposés dans la catégorie des revenus non commerciaux.

---

<sup>81</sup> Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011, art. 14

<sup>82</sup> CA Bordeaux, 6 septembre 2012, n° 10BX01374, 4<sup>ème</sup> ch., Thacker : RJF 12/12 n° 1123 ; arrêt définitif  
Dans le même sens, voir : TA Cergy-Pontoise, 21 mai 2013, n° 1105647, 2<sup>ème</sup> ch., Le Grand : RJF 1/14 n°33, à propos d’un trust canadien ; jugement définitif

Dans cette affaire, il a été jugé que seuls peuvent être considérés comme des « produits » d’un trust étranger, soumis à l’impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers au nom du bénéficiaire du trust, les sommes correspondant aux fruits générés par le capital affecté au trust, à l’exclusion de celles résultant de transferts portant sur la propriété du capital lui-même.

<sup>83</sup> Ancienne réponse Charasse, n° 13738 : JO Sénat, 9 février 2006, p. 360, non reprise au BOFIP.

## 2) Les produits non distribués

**92** – Certains ont pensé que les revenus non distribués et donc accumulés pouvaient bénéficier du mécanisme d'imposition des revenus accumulés qui est prévu à l'article 123 bis du Code général des impôts<sup>84</sup>.

Mais une décision rendue, sous l'empire de l'ancienne législation, par le tribunal de grande instance de Nanterre a rendu l'article 123 bis du Code général des impôts inapplicable dans la majeure partie des cas<sup>85</sup>. En effet, si l'on suit cette décision, pour que l'article trouve à s'appliquer, il fallait que le constituant ait préalablement décidé que le trustee doit distribuer au bénéficiaire des sommes représentant au moins 10% des revenus. Ce qui suppose donc que le trust ne soit pas discrétionnaire.

Par ailleurs, on notera que le rapport Woerth allait également dans le sens de l'inapplicabilité de l'article 123 bis du Code général des impôts<sup>86</sup>.

De son côté, la loi du 29 juillet 2011 n'a pas modifié la donne puisqu'elle ne pose pas le principe selon lequel le constituant ou les bénéficiaires d'un trust sont titulaires de droits dans les trusts. Ainsi, la rédaction actuelle de l'article 120, 9° du Code général des impôts va dans le sens de l'imposition de seuls revenus distribués. En effet, le dispositif vise les produits « distribués » alors qu'auparavant il visait seulement les « produits » du trust.

Cette modification du texte a été présentée par le sénateur Marini comme permettant d'exonérer d'impôt sur le revenu les produits réinvestis dans les trusts<sup>87</sup>.

## 3) Les incidences des conventions fiscales

**93** – La constitution d'un trust à l'étranger peut aboutir à une double imposition. La question de la double imposition a été tranchée en ce qui concerne les relations franco-américaines et franco-canadiennes.

---

<sup>84</sup> Art. 123 bis CGI

Ce dispositif vise à imposer les revenus capitalisés dans certaines structures situées hors de France et bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. Il s'applique aux trusts si certaines conditions sont remplies.

<sup>85</sup> TGI Nanterre, 4 mai 2004, n° 03-9350, 2<sup>ème</sup> ch., Poillot : RJF 11/04 n°1201 ; jugement définitif

<sup>86</sup> Droit fiscal n°16, 17 avril 2008, comm. N° 273 ; FR 19/08 inf. 15

<sup>87</sup> Voir : Rapport n° 620 déposé le 15 juin 2011

Ce rapport estime que la modification a pour objet d'aligner le droit applicable aux trusts sur celui qui existe pour les contrats d'assurance-vie. On prévoit que les produits non distribués ne sont pas imposés.

*a) Les relations franco-américaines*

**94** – Dans ce cadre, la France avait décidé d'appliquer un régime de transparence fiscale pour les revenus versés par des trusts américains<sup>88</sup>.

Ainsi :

- En ce qui concerne les trusts simples, les revenus sont imposables en France au nom du bénéficiaire conformément aux règles prévues par la convention eu égard à leur nature.
- En ce qui concerne les trusts complexes, le bénéficiaire français a le droit à un crédit d'impôt en France du fait qu'il a payé son impôt aux Etats-Unis. Il a le droit à un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt américain. Toutefois, l'impôt américain acquitté par le trust lui-même lors de la réalisation des revenus n'est pas admis comme crédit d'impôt imputable pour l'imposition du bénéficiaire.
- En ce qui concerne les grantor trusts, les revenus sont imposables au nom du grantor.

*b) Les relations franco-canadiennes*

**95** – La convention franco-canadienne du 2 mai 1975 prévoit quant à elle en son article 21 que les revenus provenant d'un trust peuvent être soumis à une retenue à la source de 15% qui constitue un crédit d'impôt en France.

Certes le résident de France bénéficiaire d'un trust canadien ne sera pas exonéré d'impôt mais bénéficiera d'un crédit d'impôt égal à l'impôt canadien.

En définitive, nous constatons que peu de conventions fiscales règlent le cas de la double imposition des trusts.

---

<sup>88</sup> Ancienne instruction du 26 avril 1999, BOI 14 B-3-99 du 6 mai 1999.

Cette solution n'a pas été reprise au BOFIP mais l'on peut considérer qu'elle est toujours valable.

## ***B) Les revenus perçus par le trust***

96 – Il conviendra de distinguer les diverses situations en présence ou non d'une convention internationale.

### 1) En l'absence de précisions conventionnelles

#### *a) Les incertitudes*

97 – L'imposition des produits de source française appréhendés par un trustee non résident reste encore incertaine. En effet, il est possible que les trusts étrangers soient constitués pour partie de biens<sup>89</sup> situés en France.

Comme nous l'avons rappelé précédemment, le trust n'a pas en tant que tel la personnalité morale. De ce fait il ne peut pas être considéré comme un résident au sens des conventions fiscales<sup>90</sup>.

C'est pourquoi il va falloir déterminer quel est le bénéficiaire afin de pouvoir décider du régime fiscal applicable. Or là encore il y a un problème puisque l'originalité du trust réside dans le fait qu'il n'y a pas de propriétaire au sens français<sup>91</sup>.

De ce fait, on se retrouve face à une alternative :

- Soit on considère que le revenu revient au bénéficiaire et on imposerait donc à son niveau en appliquant les conventions fiscales et les règles d'imposition. Cependant, réaliser cela est délicat du fait que l'on ne connaît pas toujours le bénéficiaire d'une part et que d'autre part, il n'appréhende pas toujours le revenu.

---

<sup>89</sup> Ces biens peuvent être des immeubles ou des valeurs mobilières émises en France.

<sup>90</sup> En ce sens voir une ancienne réponse : Dailly, *JO Déb. Sénat*, 4 septembre 1960.

Cette réponse ministérielle avait reconnu à un trust américain la qualité de résident au sens de la convention de 1939 entre la France et les Etats-Unis mais désormais cette solution est caduque car elle n'a pas été reprise au BOFIP.

<sup>91</sup> Comme nous l'avons vu précédemment, il y a certes un propriétaire juridique qui est le trustee mais ce dernier n'est pas le propriétaire économique puisqu'il ne perçoit pas les revenus pour son compte mais pour le compte d'un ou plusieurs tiers.

- Soit on considère que le trustee est le bénéficiaire du fait qu'il se comporte comme le véritable propriétaire. Ainsi nous ferions application de la théorie de la propriété apparente<sup>92</sup>. Toutefois, il est mal aisé de faire application de cette théorie car au sens des conventions fiscales, le trustee ne peut pas être considéré comme un véritable propriétaire car il ne bénéficie pas des revenus pour son propre compte.

Cette question a surtout une importance en ce qui concerne les revenus de valeurs mobilières. En effet, à l'égard des revenus immobiliers, elle est moins pertinente.

#### *b) Les certitudes*

**98** – En toute hypothèse, la France se reconnaît le droit d'imposer les revenus ou les plus-values immobilières sans que ce droit ne soit limité par les conventions fiscales internationales.

En effet, en présence de revenus immobiliers, ou bien de plus-values immobilières, on applique l'impôt français<sup>93</sup>.

Par ailleurs, la question ne se posera pas non plus lorsque le trustee sera un résident d'un Etat ou territoire non lié à la France par une convention fiscale, comme par exemple Jersey, puisque dans ce cas là, le droit interne s'appliquera dans les conditions habituelles.

#### 2) Les réponses des conventions fiscales internationales

**99** – En principe, si on appliquait notre droit strictement, on pourrait considérer que si un trust non résident perçoit des dividendes de source française, ceux-ci sont normalement soumis à la retenue à la source au taux de droit interne quel que soit le bénéficiaire réel et même si ces derniers sont des résidents de pays liés à la France par une convention fiscale.

Les conventions fiscales n'apportent que très peu de réponses.

---

<sup>92</sup> Art. 2276 Code civ. : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

<sup>93</sup> Art. 244 bis A CGI, prélèvement à l'égard des plus-values

*a) La convention franco-américaine*

**100** – La convention franco-américaine du 31 août 1994<sup>94</sup> contient des éléments de réponse. En effet, l'article 4 de la convention vise certains trusts pour les considérer comme des résidents, c'est à dire des personnes éligibles au bénéfice de la convention. Ainsi sont cités, les trusts de retraite et certains trusts ou fonds d'investissements tels que les RIC, REIT et REMIC.

*b) La convention franco-canadienne*

**101** – Cette convention du 2 mai 1975 contient une disposition spéciale par laquelle un trust est considéré comme une personne qui peut donc, le cas échéant, être un résident du Canada si les autres conditions sont par ailleurs remplies.

Toutefois, aujourd'hui, les trustees non résidents de France sont presque toujours dans la pratique des sociétés. De ce fait, ces sociétés ne souhaitent pas gérer des biens français car cela est pour eux une source considérable de complications.

## **Section 2 : Les droits de mutation**

**102** – Malgré le fait que le législateur ait décidé de mettre en place le même principe d'imposition entre la fiducie et le trust, il conviendra toute de même de distinguer les deux notions en raison des spécificités du trust, lesquelles posent divers problèmes quant à l'application du principe d'imposition.

### **D) Les droits de mutation en matière de fiducie**

**103** – L'article 2019 du Code civil<sup>95</sup> institue une obligation d'enregistrement des actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie. A défaut, ces actes seront nuls de plein droit.

Par conséquent, il conviendra de distinguer trois phases.

---

<sup>94</sup> Convention franco-américaine du 31 août 1994 en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, art. 4.

<sup>95</sup> Art. 2019 C. civ.

### ***A) A la constitution***

**104** – Le délai pour enregistrer les actes constatant le transfert de biens, droits ou sûretés dans un patrimoine fiduciaire est d'un mois à compter de leur date. Cette formalité se fera auprès du service des impôts du siège du fiduciaire.

L'enregistrement de l'acte donnera lieu à la perception d'un droit fixe de 125 €<sup>96</sup>.

Lorsqu'il y aura transfert d'immeubles ou de droits réels immobiliers, il faudra que l'acte constatant le transfert de ces derniers soit enregistré dans un délai d'un mois auprès du service de la publicité foncière<sup>97</sup>.

Par conséquent, cette formalité emportera la perception de la taxe de la publicité foncière au taux de 0,70% sur la valeur des biens ou droits réels immobiliers. De plus, s'ajoutera à cette taxe le prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement au taux de 2,14% calculé sur le montant de la taxe de la publicité foncière.

### ***B) Le déroulement***

**105** – Les actes constatant la modification du contrat de fiducie doivent être enregistrés dans les mêmes conditions et donnent lieu à la perception des mêmes droits et taxes que les actes ayant constaté sa formation.

Il en ira de même pour les actes constatant le transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire.

Toutefois, en cours de vie du contrat de fiducie il conviendra de s'intéresser plus spécialement à la gestion du patrimoine fiduciaire mais aussi au cas où le constituant céderait ses droits.

#### 1) La gestion du patrimoine fiduciaire

**106** – Lorsque le constituant va transmettre à titre onéreux les biens ou droits qui composent le patrimoine fiduciaire à un tiers ou à un bénéficiaire du contrat de fiducie, alors les droits de

---

<sup>96</sup> Art. 635, 1-8° CGI

<sup>97</sup> Art. 647, III CGI

mutation seront exigibles selon la nature des biens et droits transmis dans les conditions de droit commun.

Si le constituant les transmet dans une intention libérale<sup>98</sup>, les droits de mutation à titre gratuit au taux de 60% s'appliqueront<sup>99</sup>. De plus, ils seront assortis d'une majoration de 80%<sup>100</sup>.

## 2) La cession de ses droits par le constituant

**107** – Suite à la formation de la fiducie, le constituant détient alors des droits qui portent sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Lorsqu'il va céder ses droits, les droits de mutation seront exigibles selon la nature des biens et droits transmis.

Les droits de mutation seront calculés sur la valeur vénale nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en remploi à la date du fait générateur de l'impôt.

### ***C) A l'extinction***

#### 1) Principe

**108** – Les actes qui constatent la fin du contrat de fiducie au profit du constituant ou du cessionnaire doivent eux aussi être enregistrés dans les mêmes conditions qu'à la formation du contrat de fiducie. Par conséquent, cette formalité d'enregistrement de l'acte constatant la fin du contrat de fiducie donnera lieu à la perception des mêmes droits et taxes qu'à la constitution.

Normalement, le contrat de fiducie est censé prendre fin au décès du constituant<sup>101</sup>. De ce fait, le patrimoine fiduciaire fait alors son retour de plein droit à la succession du constituant<sup>102</sup>.

Ainsi, pour la liquidation des droits de mutation par décès, les biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi feront de plein droit leur

---

<sup>98</sup> L'intention libérale est caractérisée :

- lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ;
- lorsque l'avantage en nature ou résultant d'une minoration de prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire.

<sup>99</sup> Art. 792 bis CGI

<sup>100</sup> Art. 1729 CGI

<sup>101</sup> Art. 2029 C. civ.

<sup>102</sup> Art. 2030 C. civ.

retour à la succession du constituant. Ils seront donc compris dans son patrimoine pour leur valeur vénale nette à la date du décès<sup>103</sup>.

Si la fiducie avait été constituée à titre de garantie, c'est à dire une fiducie-sûreté, alors le décès du constituant ne mettra pas fin au contrat de fiducie. Par conséquent, les droits du constituant sont transmis à ses héritiers ou ses légataires.

En cas de transfert des biens au bénéfice d'un tiers, les droits de mutation de droit commun sont exigibles même en l'absence d'acte.

## 2) Exception

**109** – Par exception, les actes constatant le retour de tout ou partie du patrimoine fiduciaire au constituant ne donneront pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière sur les biens et droits immobiliers.

## **II) La soumission du trust aux droits de mutation**

**110** – En ce qui concerne le trust, la question des droits de mutation pose les mêmes difficultés qu'en matière d'impôt sur le revenu du fait de l'éclatement du concept de propriété alors que le droit français quant à lui, exige qu'un bien ait un propriétaire. De ce fait, le législateur français a claqué le régime applicable au trust sur celui applicable en matière de fiducie. En revanche, des difficultés demeurent sur certains points.

### ***A) Un principe inspiré du mécanisme de la fiducie***

**111** – Nous allons voir que la loi de finances rectificatives pour 2011 du 29 juillet 2011 a mis en place des règles entièrement nouvelles. Ainsi, de manière générale, nous allons avoir un raisonnement par transparence. En effet, la loi vient considérer que les biens ou droits qui ont été mis en trust ne sont pas sortis du patrimoine du constituant et ce quelque soit les termes et conditions fixés dans l'acte de trust, s'il en existe un bien évidemment.

---

<sup>103</sup> Art. 766 bis CGI

Ainsi nous allons voir que pour l'application des droits de mutation et de ce mécanisme de transparence, il faudra que le cas respecte les règles de territorialité mais aussi qu'il soit qualifié de donation ou de succession.

#### 1) Le respect de la règle de territorialité

**112** – C'est l'article 750 ter du CGI<sup>104</sup> qui pose le principe de territorialité des droits de mutation à titre gratuit. Ainsi, les biens ou droits composant un trust et les produits qui y sont capitalisés sont imposables aux droits de mutation quand :

- Le donateur ou le défunt a son domicile fiscal en France ;
- Le donateur ou le défunt n'a pas son domicile fiscal en France mais que ces biens ou droits sont situés en France ;
- Le bénéficiaire du trust a son domicile fiscal en France.

Par conséquent, nous constatons que la mise en œuvre de la règle de territorialité peut être un frein à ce que des trustees investissent en France.

**113** – Cependant, dès lors que l'article 750 ter du CGI est applicable, les conventions fiscales internationales sont elles aussi applicables<sup>105</sup>. Ainsi, dans la majorité des cas, les conventions fiscales vont s'opposer à l'imposition en France des biens ou droits composant le trust lorsque lorsque le constituant n'est pas domicilié en France et que ces biens ne sont pas situés en France et ce même si le bénéficiaire est lui fiscalement domicilié en France.

L'incidence des conventions fiscales nous montre encore une fois que les trustees étrangers n'ont aucun intérêt à investir dans des biens ou droits situés en France.

---

<sup>104</sup> Art. 750 ter CGI

<sup>105</sup> En ce sens voir : BOI-ENR-DMTG-30 n° 40

## 2) Cas de la transmission qualifiée de donation ou de succession

**114** – Lorsque la transmission à titre gratuit est réalisée par l’intermédiaire d’un trust et qu’elle peut être qualifiée de donation ou de succession alors elle sera soumise aux droits de mutation compte tenu du lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire.

Par ailleurs, l’article 792-0 bis, II-1 du CGI<sup>106</sup> nous précise que l’on retiendra pour l’application des droits de mutation la valeur vénale nette des biens ou droits ou produits qui y sont capitalisés à la date de la transmission.

**115** – Le problème qui se pose est donc de savoir comment l’on va qualifier le cas d’une donation ou d’une succession.

Si l’on s’en réfère au rapport au rapport Marini, par la mise en place de ces principes, la volonté première était de montrer que le droit commun des mutations s’appliquait lui aussi aux trusts. Toutefois, ce droit ne s’appliquera que lorsque la donation ou la succession peut être établie de « manière claire »<sup>107</sup>.

La doctrine administrative quant à elle n’est pas non plus très claire puisqu’elle considère que sont visés les cas où les biens sortent du trust pour être juridiquement transmis à un bénéficiaire. Cela voudra donc dire qu’il existe des transmissions où les biens ne sont pas juridiquement transmis.

Ainsi, nous constatons qu’il subsiste certaines interrogations.

### ***B) Les cas particuliers posant divers problèmes en matière de soumission aux droits de mutation***

#### 1) Cas des transmissions non qualifiés de donation ou de succession

**116** – Lorsqu’il n’est pas possible de qualifier la transmission de donation ou de succession, on pourrait alors penser qu’elle échappe aux droits de mutation à titre gratuit. Et bien non,

---

<sup>106</sup> Art. 792-0 bis, II-1 du CGI

<sup>107</sup> Rapport n° 620 déposé le 15 juin 2011

puisque la loi a tout de même créé une règle spécifique de taxation qui sera applicable au décès du constituant.

Ainsi, nous constatons que le législateur a opéré un rapprochement avec les règles de droit commun en considérant le décès du constituant comme le fait générateur de la mutation.

**117** – Cependant, l'article 792-0 bis, II-2 du CGI<sup>108</sup> distingue différentes situations. En effet, il distingue selon que la part revenant au bénéficiaire est ou non déterminée.

Lorsque la part revenant au bénéficiaire est déterminée, alors elle est soumise aux droits de mutation par décès selon le lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire. Ainsi, les biens transmis par la voie du trust sont eux aussi intégrés aux autres biens reçus par l'héritier à l'occasion de la succession<sup>109</sup>.

Lorsque la part revenant au bénéficiaire ne peut pas être déterminée, la part « globale » de la transmission<sup>110</sup> est alors soumise à des droits de mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau I annexé à l'article 777 du CGI. Cela correspond au tarif maximum en ligne directe, c'est à dire 45%.

Lorsque les biens restent dans le trust ou que les bénéficiaire ne descendent pas du constituant décédé, la valeur des biens, droits ou produits capitalisés est soumise à es droits de mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau annexé à l'article 777 du CGI. Cela correspond au tarif maximum des droits applicables en ligne collatérale et entre non-parents, c'est à dire 60%<sup>111</sup>.

## 2) Cas des transmissions successives

**118** – Lorsque les biens et droits restent dans le trust pendant plusieurs générations, la loi définit le bénéficiaire comme un « constituant fiscal »<sup>112</sup> afin de permettre l'application des

---

<sup>108</sup> 792-0 bis, II-2 CGI

<sup>109</sup> En ce sens voir : BOI-ENR-DMTG-30 n°110

<sup>110</sup> En ce sens voir : BOI-ENR-DMTG-30 n°120

<sup>111</sup> Voir : BOI-ENR-DMTG-30 n°140

L'administration donne une très bonne illustration de ce que nous venons de voir.

<sup>112</sup> Voir infra note 117

droits de mutation au fil des mutations successives<sup>113</sup>. Ainsi, nous constatons que le législateur traite le bénéficiaire comme un « nouveau » constituant.

Il conviendra de préciser que cette règle s'applique une nouvelle fois indépendamment du fait de savoir si la transmission peut être qualifiée de donation ou de succession.

Toutefois, un problème devrait se poser au moment de la sortie ultérieure des biens restés dans le trust.

Lorsque les biens seront attribués aux mêmes attributaires lors de la dernière transmission et avec la même répartition, alors cette sortie des biens restés dans le trust s'effectuera en franchise de droits de mutation à titre gratuit car il n'y a pas lieu de considérer que cette sortie constitue une nouvelle mutation<sup>114</sup>.

En revanche, s'il n'y a pas identité parfaite, que ce soit sur les attributaires ou la répartition des droits, il y aura une taxation aux droits de donation sera effectuée.

### **Section 3 : L'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)**

119 – La question principale qui se pose est de savoir qui sera imposé à l'impôt de solidarité sur la fortune du fait que les biens ou droits ne sont plus censés appartenir au constituant suite au transfert de ces derniers dans un patrimoine d'affectation. Malgré tout, il sera possible de bénéficier des exonérations de droit commun pour les constituants d'un trust ou d'une fiducie avec des exceptions spécifiques au trust concernant la règle de l'assujettissement.

De plus, en vue d'inciter le redevable à déclarer tous ces biens ou droits placés dans un trust, le législateur a mis en place un mécanisme spécifique concernant le trust.

#### **D) L'assujettissement à l'ISF**

120 – La question ici est de savoir qui, dans la fiducie et le trust, doit être imposé à l'impôt de solidarité sur la fortune en sachant que les biens transférés ont intégré un patrimoine à part.

---

<sup>113</sup> 792-0 bis, II-3 CGI

<sup>114</sup> En ce sens voir : BOI-ENR-DMTG-30 n°150 à 170

### ***A) En matière de fiducie***

**121** – En présence d'une fiducie, le principe est celui selon lequel, les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ainsi que ceux éventuellement acquis en remploi sont compris dans le patrimoine imposable à l'ISF du constituant.

De plus, les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits placés en fiducie seront eux aussi compris dans le patrimoine du constituant afin d'être imposés à l'ISF.

Par ailleurs, pour établir la valeur des biens ou droits placés dans le patrimoine fiduciaire, on prendra la valeur vénale nette au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition.

Ainsi, nous constatons que par la mise en place de ce mécanisme d'imposition, le législateur semble considérer que les biens mis en fiducie par le constituant sont considérés n'avoir jamais quitté le patrimoine de ce dernier. De fait, nous constatons là encore, la difficile assimilation de la notion de patrimoine fiduciaire par le droit français.

### ***B) En matière de trust***

**122** – En ce qui concerne le trust, le législateur a mis en place une règle particulière d'assujettissement à l'impôt sur la fortune<sup>115</sup>. A travers la mise en place de cette règle, il montre une nouvelle fois les difficultés d'appréhension du droit français face à la notion de patrimoine « d'affectation »<sup>116</sup>.

Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les biens ou droits placés dans un trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont compris dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire qui est dans ce cas là réputé être un « constituant fiscal »<sup>117</sup>.

Cette solution que retient le législateur reprend une solution qu'avait auparavant retenue la Cour de cassation<sup>118</sup>. Nous pouvons aussi remarquer que ce principe d'imposition du constituant reprend celui posé par la législation en matière de fiducie.

---

<sup>115</sup> Art. 885 G ter CGI

<sup>116</sup> Voir supra dans le chapitre 1 sur la notion de patrimoine d'affectation

<sup>117</sup> Le bénéficiaire est réputé être un « constituant fiscal » dans le cas où le constituant initial décède.

De ce fait, nous constatons que le législateur applique cette règle indépendamment de la nature du trust mais aussi du contenu de l'acte de trust.

Donc le constituant du trust qui n'a pas le droit de jouir ni de disposer des biens ou droits placés en trust se retrouve assujéti à l'impôt de solidarité sur la fortune comme s'il détenait les biens ou droits placés en trust par transparence. Bien évidemment, comme nous l'avons rappelé auparavant, la même règle s'appliquera pour le bénéficiaire réputé constituant.

Dans le cas où il y aurait plusieurs bénéficiaires réputés constituants et que l'acte de trust ne répartit pas expressément l'actif du trust entre eux, alors cet actif sera réputé réparti à parts égales entre chacun des bénéficiaires réputés constituants<sup>119</sup>.

De cette façon, nous constatons donc que le bénéficiaire du trust ne sera pas imposable à l'impôt de solidarité sur la fortune. En ce sens nous pouvons cité la position qui avait été adoptée par le tribunal de grande instance de Nanterre à propos d'une résidente de France qui recevait des sommes en provenance de trusts discrétionnaires américains<sup>120</sup>. Le tribunal avait relevé que l'intéressée n'était pas titulaire d'un quelconque droit réel relatif à ces trusts.

Quant à l'application des règles, l'impôt de solidarité sur la fortune sera établi dans les conditions de droit commun en fonction de la valeur vénale nette au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition.

Enfin, la loi du 6 décembre 2013<sup>121</sup> a porté à 40% le taux de la majoration prévue en matière d'ISF lorsque le dépôt de la déclaration fait suite à la révélation d'avoirs à l'étranger qui n'ont pas fait l'objet des déclarations prévues à l'article 1649 AB du Code général des impôts<sup>122</sup>.

## **II) Les diverses exceptions et exonérations à l'ISF**

**123** – Le constituant d'un trust ou d'une fiducie pourra bénéficier des mêmes exonérations en matière d'ISF. Toutefois, il existe certaines exceptions spécifiques concernant le trust.

---

<sup>118</sup> Cass. com., 31 mars 2009, n°07-20.219, à propos d'une américaine résidente de France qui avait constitué un trust révocable américain.

<sup>119</sup> BOI-PAT-ISF-30-20-30 n°70

<sup>120</sup> TGI Nanterre, 4 mai 2004, n° 03-9350, 2<sup>ème</sup> ch., Poillot : RJF 11/04 n°1201 ; jugement définitif

<sup>121</sup> Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Par ailleurs nous verrons dans la suite de notre étude qu'un mécanisme spécifique au trust a été mis en place pour inciter les redevables a déclaré régulièrement les biens ou droits placés dans un trust.

<sup>122</sup> Art. 1649 AB CGI

### ***A) Les exonérations***

**124** – Les biens, droits ou valeurs qui composent le patrimoine fiduciaire peuvent bénéficier des exonérations prévues par les différentes dispositions du CGI en faveur de certaines catégories de biens. De cette manière, nous pouvons citer les exonérations concernant les objets d'antiquité, d'art ou de collection<sup>123</sup>, les droits de propriété littéraire et artistique<sup>124</sup>, les droits de la propriété industrielle<sup>125</sup> ou encore les titres faisant l'objet d'un pacte Dutreil<sup>126</sup>.

Concernant le constituant d'un trust, il aura lui aussi la possibilité, bien entendu, de bénéficier des régimes de faveur prévus en matière d'ISF et notamment celui concernant les nouveaux résidents de France.

### ***B) Les exceptions***

**125** – Il existe deux exceptions spécifiques au trust en ce qui concerne l'assujettissement à l'ISF.

#### 1) La règle de territorialité

**126** – Il conviendra de vérifier les règles de territorialité avant d'assujettir le constituant à l'impôt de solidarité sur la fortune.

Ainsi, il faudra appliquer les règles habituelles :

- Si le constituant est fiscalement domicilié en France, tous les biens ou droits placés dans un trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont imposables en France quelle que soit leur localisation, c'est à dire en France ou hors de France.
- Si le constituant n'est pas fiscalement domicilié en France, seuls les biens ou droits placés en trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés, qui sont situés en France, sont imposables en France.

---

<sup>123</sup> Art. 885 I, alinéas 1 et 2 CGI

<sup>124</sup> Art. 885 I, alinéa 4 CGI

<sup>125</sup> Art. 885 I, alinéa 3 CGI

<sup>126</sup> Art. 885 I bis CGI

## 2) Le cas des trusts dits « caritatifs »

**127** – Concernant les trusts dits « caritatifs », la règle de l’assujettissement ne s’applique pas non plus. Toutefois, pour bénéficier de ce non assujettissement, il faudra que le trust réunisse diverses caractéristiques cumulatives :

- Il doit s’agir d’un trust irrévocable ;
- Le bénéficiaire du trust doit relever de l’article 795 du Code général des impôts<sup>127</sup>. Ainsi, est exclu le cas où le constituant bénéficie en partie des produits<sup>128</sup> ;
- L’administrateur du trust doit être soumis à la loi d’un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d’assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l’évasion fiscales.

Lorsque ces conditions sont réunies, les biens ou droits placés dans un trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés n’ont pas à être déclarés par le constituant.

Par ailleurs, l’administration ajoute une exception non prévue par la loi. Concernant les biens ou droits placés dans un trust constitué en vue de gérer les droits à pension acquis au titre d’une activité professionnelle, le bénéficiaire n’aura pas à les faire figurer dans l’actif imposable à l’ISF<sup>129</sup>.

### III) Le cas spécial du prélèvement spécifique sur les trusts

**128** – A travers la mise en place de ce mécanisme, la loi a cherché à viser les cas où les redevables de l’ISF ne déclaraient pas régulièrement les biens ou droits placés dans un trust. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, le prélèvement spécifique sur les trusts a été mis en place et est désormais applicable<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Art. 795 CGI

<sup>128</sup> En ce sens voir : BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 40

Pour éviter les abus l’administration précise qu’un trust dans lequel le constituant se réserve tout ou partie des revenus du trust ne relève pas de cette exclusion.

<sup>129</sup> Voir BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 50

<sup>130</sup> Art. 990 J CGI

### ***A) Le redevable***

**129** – Sont concernés par ce prélèvement spécifique les personnes physiques constituants et les bénéficiaires « réputés constituants »<sup>131</sup>.

Comme pour l'ISF, en présence de plusieurs bénéficiaires réputés constituants et en l'absence de précisions dans l'acte de trust, l'actif du trust doit être réputé réparti à parts égales entre chacun des bénéficiaires réputés constituants<sup>132</sup>.

Ainsi, nous constatons que selon la loi et la doctrine administrative, le redevable de ce prélèvement spécifique est le constituant ou le bénéficiaire réputé constituant.

Toutefois, en réalité, le réel redevable est l'administrateur du trust qui accomplit les formalités déclaratives ainsi que le versement des sommes à acquitter. Cependant, le constituant, le bénéficiaire « réputé constituant » et leurs héritiers sont solidaires pour le paiement du prélèvement<sup>133</sup>.

De ce fait, le principe est que le prélèvement doit être acquitté par l'administrateur du trust et c'est seulement en cas de défaut de paiement par l'administrateur du trust que l'administration peut en exiger le paiement auprès du bénéficiaire.

### ***B) Les trusts concernés***

**130** – Par principe, tous les trusts sont concernés par ce prélèvement spécifique. Par conséquent, tous les biens ou droits placés en trust ainsi que les produits qui y sont capitalisés sont potentiellement concernés par cette mesure.

Toutefois, il faudra faire exception de deux catégories de trusts qui sont les trusts « caritatifs » et les trusts « de retraite ». En effet, ces deux types de trusts ne sont pas visés par le mécanisme du prélèvement spécifique.

De plus, concernant les biens ou droits ainsi que les produits qui y sont capitalisés, ces derniers ne seront pas concernés eux aussi par ce mécanisme de prélèvement spécifique en raison de la règle de territorialité comme nous l'avons vu précédemment. Il conviendra donc de combiner la règle de la territorialité avec celle du prélèvement spécifique avant de l'appliquer.

---

<sup>131</sup> Voir BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 170

<sup>132</sup> Voir BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 190

<sup>133</sup> Voir BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 250

### ***C) L'application du mécanisme***

**131** – En application de l'article 990 J du Code général des impôts, le prélèvement est calculé au tarif le plus élevé mentionné au 1 du I de l'article 885 U du CGI.

Le prélèvement n'aura vocation à s'appliquer que lorsque des biens, droits ou produits placés dans un trust n'ont pas été régulièrement déclarés à l'administration au titre de l'ISF.

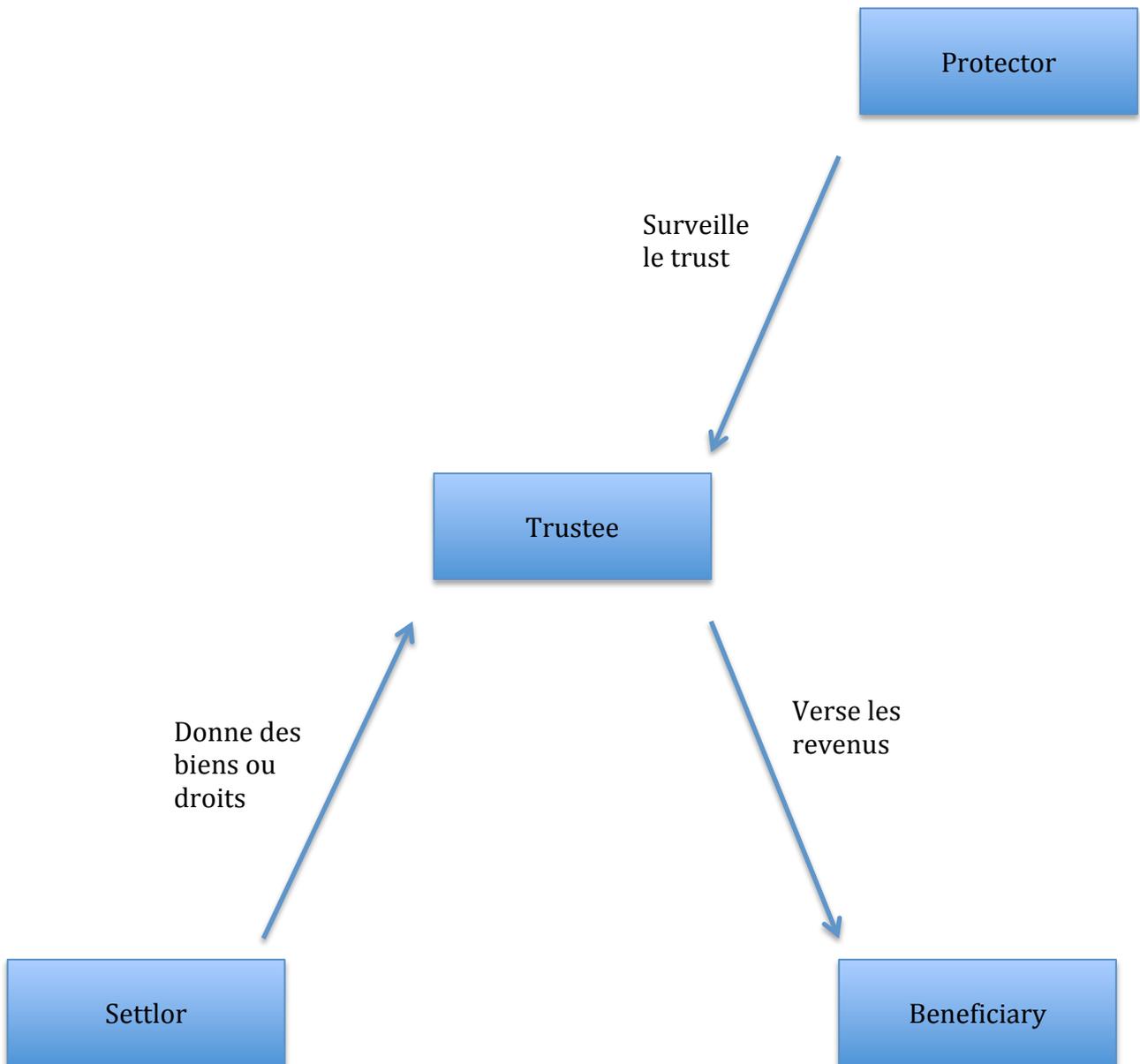
Ainsi nous constatons que ce prélèvement s'analyse comme une imposition frappant les biens, droits ou produits qui n'ont pas été régulièrement déclarés.

Lorsque les biens auront été régulièrement déclarés, ce prélèvement spécifique ne pourra pas s'appliquer. En revanche, si l'administration découvre, lors d'un contrôle fiscal, que des biens ou droits placés dans un trust n'ont pas été régulièrement déclarés à l'ISF alors le prélèvement spécifique s'appliquera et s'ajoutera à l'ISF.

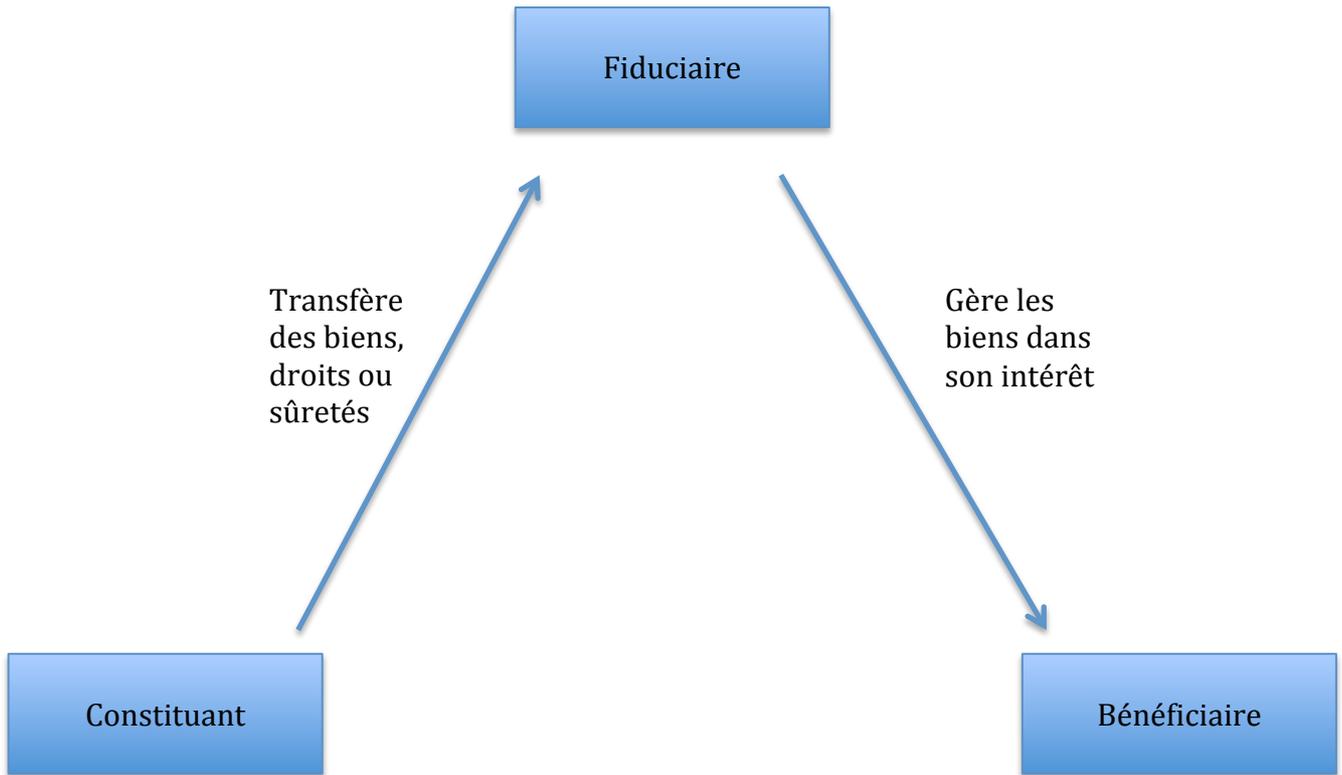
Enfin, c'est une nouvelle fois l'administrateur du trust qui sera redevable du paiement du prélèvement spécifique sur les trusts. A défaut de paiement, le constituant, le bénéficiaire « réputé constituant » et leurs héritiers seront solidaires du paiement de ce prélèvement.

## Annexes

### Annexe 1



## Annexe 2



## Liste des abréviations

### Sources du droit

C. civ. = *Code civil*

CGI = *Code général des impôts*

C. com. = *Code de commerce*

d. = *Décret*

Ord. = *ordonnance*

PCG = *Plan comptable général*

### Publications

AJDI = *L'actualité juridique de droit immobilier*

BOFIP = *Bulletin officiel des finances publiques-impôts*

D. = *Recueil Dalloz*

Dr. Fisc. = *Revue de droit fiscal*

JCP E = *Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises*

JCP G = *Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale*

JO = *Journal officiel de la République française (lois et règlements)*

LPJ = *Le Petit Juriste*

RJF = *Revue de jurisprudence fiscale*

RID comp. = *Revue internationale de droit comparé*

### Juridictions

CA = *arrêt d'une cour d'appel*

Cass. 1<sup>ère</sup> civ. = *arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation*

Cass. com. = *arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation*

TA = *jugement rendu par un tribunal administratif*

TGI = *jugement rendu par un tribunal de grande instance*

### Abréviations usuelles

Art. = *Article*

## Bibliographie

### Codes

- Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Livre XIV : De la fiducie
- Code de commerce, Livre I : Du commerce en général, Titre II : Des commerçants, Chapitre III : Des obligations générales des commerçants, Section 2 : De la comptabilité des commerçants, Sous-section 1 : Des obligations comptables applicables à tous les commerçants
- Code général des impôts
- Plan comptable général

### Législation

- Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », JO 4 mars 2010
- Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, instituant la fiducie, JO 21 février 2007
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008
- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit, JO 13 mai 2009
- Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, prise dans le cadre de la réforme de la fiscalité du patrimoine
- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
- Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, portant diverses mesures relatives à la fiducie, JO 21 février 2009
- Convention franco-américaine du 31 août 1994 en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune
- Trustee Act de 1925

### Rapports

- JO Sénat du 05/05/2016, p. 1905, Réponse du Ministère de la justice à la Question écrite n° 16451 de M. François Grosdidier (député de la 1<sup>ère</sup> circonscription de la Moselle).
- Rapport n°3655 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1<sup>er</sup> février 2007

## **Jurisprudences**

- CA Paris, 10 janvier 1970, arrêt Courtois et autres c/ Consorts de Ganay
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 1996, n° 423, P. Zieseniss, JCP G, n° 22, p. 233
- CA Rennes, 4 mai 2005, n° 03-4727, 1<sup>ère</sup> ch. A, DSF du Finistère c/ Crts Tardieu de Maleissye, RJF 4/06, n° 471
- CA Bordeaux, 6 septembre 2012, n° 10BX01374, 4<sup>ème</sup> ch., Thacker : RJF 12/12 n° 1123 ; arrêt définitif
- TA Cergy-Pontoise, 21 mai 2013, n° 1105647, 2<sup>ème</sup> ch., Le Grand : RJF 1/14 n°33, à propose d'un trust canadien ; jugement définitif
- TGI Nanterre, 4 mai 2004, n° 03-9350, 2<sup>ème</sup> ch., Poillot : RJF 11/04 n°1201 ; jugement définitif
- Cass. com., 31 mars 2009, n°07-20.219

## **Doctrine administrative**

- BOI-DJC-TRUST
- BOI-RPPM-RCM-10-30-10-10
- BOI-PAT-ISF 30-20-30
- BOI-ENR-DMTG

## **Ouvrages**

- B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, éd. Economica, 7<sup>ème</sup> édition
- B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales : 30 études pratiques*, éd. Francis Lefebvre, 11<sup>ème</sup> édition
- Groupe Revue fiduciaire, *Fiscal 2017*, 32<sup>ème</sup> édition
- J. Malherbe, *Droit fiscal international*, éd. Maison Larcier, 1994
- Mémento pratique, *Fiscal 2016*, éd. Francis Lefebvre, 2016

## **Articles de doctrine**

- F. Barrière, *La fiducie-sûreté*, JCP E., n°36, 2009, 1808
- F. Barrière, *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, JCP E., n° 35, 2008, act. 385
- G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *la fiducie, une œuvre inachevée*, Dr. Fisc., n°26, 2007, 676
- P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D., 2007, p. 1354.

- J.-P. Dunand, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, RID comp., Vol. 53 n°3, Juillet-Septembre 2001, p. 751-754.
- Y. Emerich, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens*, RID comp., 1-2009, p. 49
- S. Prigent, *Deuxième pas en fiducie*, AJDI, 2009, p.421
- C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, RID comp., 1983, Volume 35, n° 2, p.446-447

### **Thèses, mémoires**

- O. Moreteau, *L'étendue des droits des bénéficiaires du trust en droit anglais*, Mémoire, Institut de Droit comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin, Lyon 3, France, 1999.

### **Articles de presse**

- L. Bidaut, *La fiducie face au trust*, Le Petit Juriste (LPJ), 22 juin 2011.
- A. Antois, *Une brève histoire du trust, du Moyen-Âge anglais au capitalisme américain*, Le Petit Juriste (LPJ), 19 novembre 2016

### **Sites web**

- <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-international/droit-international-prive/la-fiducie-face-au-trust/>
- <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-compare/breve-histoire-trust-moyen-age-anglais-capitalisme-americain/>
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/19/contents>

## Index

### A

Autonomie de la volonté **39**

### C

Constituant **17**

Imposition du constituant **79, 111**

Contrat de fiducie **47 et s.**

### D

Donation **44**

### E

Equity **2**

Juge **16**

Exécuteur testamentaire **41**

### F

Fiduciaire **25**

Fiducie

Fiducie gestion **57**

Fiducie sûreté **58**

Fiducie libéralité **59**

### M

Mandataire **42**

### P

Patrimoine **30 et s.**

Distinct **31**

D'affectation **35, 36**

Fiduciaire **32**

Prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement **104**

Privilège juridique **15, 16**

### R

Registre national des fiducies **49**

Règle de territorialité **20, 112**

Réserve légale **45**

### S

Settlor **14, 23**

### T

Transcription des apports **73**

Valeur comptable **74**

Valeur réelle **75**

Transmissions **114 et s.**

Taxe de la publicité foncière **104**

Trustee **21**

Obligations du trustee **23, 24**

Trust deed **51 et s.**

Trust

Trust intervivos **62**

Trust testamentaire **62**

Trust révocable **63**

Trust irrévocable **63**

Trust simple **64**

Trust discrétionnaire **64**

### U

Usufruit **43**

## Table des matières

Introduction générale .....	3
Chapitre I : Des différences fondamentales, sur le plan juridique, entre les notions de trust et de fiducie .....	12
Section 1 : Les divers intervenants d'une relation triangulaire.....	12
I) Le constituant .....	12
A) Dans le trust .....	12
1) Définition.....	12
2) Le « privilège » juridique de la mise en trust d'un bien .....	12
3) Une institution sous la surveillance du juge .....	13
B) Dans la fiducie .....	13
1) Définition.....	13
2) Les limites à la qualité de constituant.....	14
a) Les barrières posées par le Code civil .....	14
b) Le périmètre fiscal .....	14
II) Le fiduciaire .....	15
A) Dans le trust .....	15
1) Définition.....	15
2) Les limites au droit de propriété du trustee .....	15
a) Les obligations du trustee envers le settlor .....	16
b) Les obligations du trustee envers le beneficiary .....	16
B) Dans la fiducie .....	17
III) Le bénéficiaire .....	18
A) Dans le trust .....	18
1) Le bénéficiaire en revenus .....	18
2) Le bénéficiaire en capital.....	19
B) Dans la fiducie .....	20

Section 2 : La clé de voute de ces discordances entre les deux mécanismes : la notion de patrimoine .....	20
I) La composition du patrimoine distinct.....	21
II) Des conceptions différentes de la notion de patrimoine d'affectation.....	21
A) La propriété du bien : l'origine de cette distinction.....	22
1) La conception anglo-saxonne du patrimoine distinct.....	22
2) La conception romaine du patrimoine « distinct » .....	22
B) La remise en cause de la théorie classique : la notion de patrimoine « d'affectation » .....	23
C) Le concept de patrimoine d'affectation mis à mal par le législateur .....	23
III) Les interrogations soulevées par la notion de trust.....	25
A) Les tentatives d'assimilation.....	25
1) La reconnaissance du trust en France .....	25
a) L'application du principe de l'autonomie de la volonté .....	25
b) Les conditions de la reconnaissance du trust.....	26
2) Les tentatives d'assimilation .....	26
a) Trustee et exécuteur testamentaire.....	26
b) Trust et usufruit .....	27
c) Trust et donation .....	28
B) Des difficultés pratiques .....	29
Section 3 : Les actes permettant la mise en place de ces montages juridiques.....	29
I) Le contrat de fiducie.....	30
A) Le contenu du contrat .....	30
B) L'information des tiers.....	31
C) Le registre national des fiducies .....	31
D) La fin du contrat de fiducie.....	32
II) Le trust deed.....	33
A) Un engagement unilatéral .....	33
B) L'absence de contrepartie .....	33
C) En présence d'un acte de trust .....	34
Section 4 : Classification des différents trusts et fiducies.....	34
I) Les diverses fiducies .....	34

A) La fiducie-gestion .....	35
B) La fiducie-sûreté .....	36
C) La fiducie-libéralité.....	36
II) Les divers trusts .....	37
A) Typologie générale .....	38
1) Trusts intervivos et trust testamentaires .....	38
2) Trusts révocables et trusts irrévocables .....	38
3) Trusts simples et trusts discrétionnaires .....	39
B) Etude approfondie des droits du bénéficiaire.....	39

## Chapitre II : Le traitement fiscal des institutions de trust et de fiducie en droit français..... 42

Section 1 : Les revenus de la fiducie et du trust .....	42
I) En matière de fiducie.....	42
A) Le constituant exerçant dans le cadre de son activité professionnelle.....	42
1) A la constitution.....	42
a) Le sort des plus-values.....	42
b) La transcription des apports.....	43
Alpha : La valeur comptable.....	44
Beta : La valeur réelle .....	44
2) Le déroulement .....	44
3) La cessation .....	45
B) Le constituant agissant dans le cadre de son patrimoine privé .....	45
1) Principe l'imposition du constituant.....	46
a) Le déroulement de la fiducie .....	46
b) La fin de la fiducie.....	46
2) Exceptions : les cas générant une non imposition .....	47
a) A la constitution .....	47
b) A la cessation.....	47
II) En matière de trust .....	48
A) Les produits « distribués » par le trust.....	48
1) Les produits distribués.....	48
a) Dans l'Etat de constitution du trust.....	48

b) En France .....	49
Alpha : Les produits perçus par le bénéficiaire .....	49
Beta : Les produits perçus par le trustee .....	50
2) Les produits non distribués .....	51
3) L'incidence des conventions fiscales .....	51
a) Les relations franco-américaines .....	52
b) Les relations franco-canadiennes.....	52
B) Les revenus perçus par le trust.....	53
1) En l'absence de précisions conventionnelles.....	53
a) Les incertitudes .....	53
b) Les certitudes .....	54
2) Les réponses des conventions fiscales internationales .....	54
a) La convention franco-américaine .....	55
b) La convention franco-canadienne.....	55
 Section 2 : Les droits de mutation.....	 55
I) Les droits de mutation en matière de fiducie .....	55
A) A la constitution.....	56
B) Le déroulement .....	56
1) La gestion du patrimoine fiduciaire.....	56
2) La cession de ses droits par le constituant.....	57
C) A l'extinction .....	57
1) Principe.....	57
2) Exception .....	58
II) La soumission du trust aux droits de mutation .....	58
A) Un principe inspiré du mécanisme de la fiducie.....	58
1) Le respect de la règle de territorialité .....	59
2) Cas de la transmission qualifiée de donation ou de succession.....	60
B) Les cas particuliers posant divers problèmes en matière de soumission aux droits de mutation .....	60
1) Cas des transmissions non qualifiés de donation ou de succession.....	60
2) Cas des transmissions successives.....	61
 Section 3 : L'impôt de solidarité sur la fortune .....	 62

I) L'assujettissement à l'ISF .....	62
A) En matière de fiducie .....	63
B) En matière de trust .....	63
II) Les diverses exceptions et exonérations à l'ISF .....	64
A) Les exonérations .....	65
B) Les exceptions.....	65
1) La règle de territorialité .....	65
2) Le cas des trusts dits « caritatifs » .....	66
III) Le cas spécial du prélèvement spécifique sur le trusts .....	66
A) Le redevable.....	67
B) Les trusts concernés .....	67
C) L'application du mécanisme .....	68