

RENCONTRES INTERNATIONALES ALTHÉMIS

9 *Trust* et démembrement de propriété ¹

Quand chacun appelle barbarie ce qui n'est pas de son usage ²



BERTRAND SAVOURÉ
notaire à Paris, Althémis



PASCAL JULIEN SAINT-AMAND
notaire à Paris, Althémis



GUILLAUME ETAIN
pôle clientèle internationale, Althémis



EUGÉNIE GUICHOT
pôle clientèle internationale, Althémis



Il ressort de l'utilisation qui est faite des mécanismes de *trust* et de démembrement de propriété, que ceux-ci répondent à des impératifs similaires. Toutefois, chacun d'eux est ancré dans un cadre juridique propre. Il peut donc s'avérer contre-productif de tenter de les intégrer à un système qui ne les connaît, à l'origine, pas.

1 - Le *Trust* : une spécificité du droit de *Common Law*. – Les *trusts* sont nés du souhait des croisés anglais de s'assurer que leur famille ne soit pas spoliée pendant leur passage en

Terre Sainte. Ils (*settlers*) confiaient alors leur patrimoine à des tiers (*trustees*) qui devaient le conserver pour leur compte, l'entretenir et en assurer la transmission aux héritiers (*beneficiaries*). Ce mécanisme, alors dénommé *uses*, présentait donc l'avantage de sécuriser la détention du patrimoine.

Le *trust* est basé sur une division de propriété entre le *legal ownership* (détenu par le *trustee*) et l'*equitable ownership* (détenu par le *beneficiary*). Le *trustee* a tout pouvoir pour gérer les biens mis en *trusts* au bénéfice des bénéficiaires désignés.

1. Ce sujet a été traité lors des 9^e Rencontres Internationales Althémis, qui se sont tenues à Paris le 7 octobre 2021. Le second thème, celui de l'assurance-vie dans un cadre international, sera traité dans un article à paraître dans cette même revue. Retrouvez les vidéos des Rencontres Internationales Althémis sur <https://rencontres-althemis.com/>.

2. Montaigne, *Les Essais*, livre I, chap. 31.

Ce mécanisme pouvait entraîner, par le passé, en l'absence de règles fiscales appropriées, l'absence d'imposition des successions et donations qui existait alors.

Si, de nos jours, l'encadrement fiscal des *trusts* soumet la transmission par le biais des *trusts* à imposition, il n'en demeure pas moins un outil de gestion attractif et incontournable dans les États de *Common Law*.

2 - Le démembrement : une spécificité de droit civil. –

Dans les pays de droit civil, la propriété est composée de trois droits distincts : l'*usus* (le droit d'user de la chose), le *fructus* (le droit de percevoir les fruits de la chose) et l'*abusus* (le droit de disposer de la chose).

Ces trois prérogatives appartiennent généralement à un unique propriétaire. Toutefois, il est possible de les répartir entre usufruitier (détenteur de l'*usus* et du *fructus*) et nu-propriétaire (détenteur de l'*abusus*), voire de créer une répartition sur-mesure des prérogatives de chacun.

Il existe un débat doctrinal dans le cadre international de savoir si l'usufruit est une charge grevant la propriété ou une composante de ce droit de propriété. Ce débat est présent dans tous les pays de droit civil, et certains d'entre eux – comme la Suisse – traitent assez clairement l'usufruit comme une charge³.

Quelle que soit la théorie retenue, le recours au démembrement de propriété permet généralement la transmission d'un patrimoine dans un cadre juridique et fiscal favorable.

1. La poursuite d'un objectif commun de transmission

A. - Des mécanismes d'incitation

3 - **Aspects civils.** – Les deux mécanismes permettent de réaliser une transmission de propriété tout en conservant la gestion et les revenus pour le constituant ou le donateur (*trust* ou donation avec réserve d'usufruit), voire le conjoint survivant (*trust* ou donation avec réserve et réversion d'usufruit). L'intérêt majeur de ces techniques est donc de permettre l'anticipation de la transmission, ainsi réalisée de manière fluide et sécurisée.

Ils permettent aussi d'échapper à la procédure successorale classique. L'extinction d'usufruit entraîne une reconstitution automatique de la propriété entre les mains du nu-propriétaire et le *trust*, par ce que le décès du constituant n'entraîne pas de rupture de propriété, évite la procédure de *probate*⁴ parfois longue et coûteuse dans les pays anglo-saxons. Ces procédés représentent ainsi une réelle opportunité d'accélérer, au décès, la transmission de la propriété des biens à ceux qui ont vocation à en hériter.

3. Ce traitement juridique impacte sensiblement les stratégies de transmissions fondées sur le démembrement de propriété lorsqu'un actif est situé en Suisse.

4. Procédure qui consiste pour les exécuteurs testamentaires ou administrateurs d'une succession à faire une demande d'un « *grant* », auprès du service des successions (« *Probate Registry* ») du tribunal compétent, pour obtenir le droit de recueillir la succession et la distribuer aux légataires ou héritiers après le paiement des dettes et droits de succession.

Ils ont néanmoins la caractéristique commune de dessaisir la personne à l'initiative du mécanisme. L'usufruitier ne pourra annuler la donation de la nue-propriété, comme le constituant ne pourra pas dissoudre le *trust*, sauf si celui-ci est « *révocable* » auquel cas le constituant pourra recouvrer sa propriété dans les conditions prévues par le *trust*. Mais ce dernier cas de *trust* est peu utilisé dans une stratégie de transmission.

4 - **Aspects fiscaux.** – Les deux mécanismes permettent d'inciter à la transmission anticipée d'un patrimoine. Dans les deux cas, la transmission est réalisée en deux temps. Donation de nue-propriété et apport en *trust*, dans un premier temps, puis extinction d'usufruit et distribution au bénéficiaire dans un second temps. L'attractivité fiscale résulte de la fixation de la valeur des actifs pour le calcul des droits de mutation ou d'apport lors du premier temps (*valuation freezing* selon la terminologie américaine), ce qui s'avère pertinent dans la perspective d'une augmentation de valeur escomptée. Outre les bases taxables, sont également ainsi fixées les règles fiscales applicables, avantage non négligeable en période d'instabilité fiscale.

Dans le cas particulier du démembrement de droit civil, ces avantages sont parfois renforcés par une diminution de la base taxable au jour de la transmission de nue-propriété avec absence de taxation supplémentaire au décès de l'usufruitier. C'est le cas en France, mais cela est plus nuancé dans d'autres pays d'Europe et notamment en Belgique (où c'est la valeur de la pleine propriété qui est retenue pour l'imposition en cas de donation de la nue-propriété) et en Espagne (où un usufruit résiduel est imposé au décès).

Au titre des avantages communs on relève également que les deux techniques permettent une utilisation intelligente des abattements existants et de la règle du non-rappel fiscal des transmissions intervenues un certain nombre d'années avant le décès. Ainsi, une donation de plus de 15 ans en France ne sera pas prise en compte pour le calcul des droits de successions dus au décès. De même, un apport à *trust* sera taxable à une taxation totale allant jusqu'à 40 % au Royaume-Uni s'il est fait dans les 7 années précédant le décès, tandis que la fiscalité pourra être réduite de moitié si l'apport est antérieur.

5 - **Transferts de droits transgénérationnels.** – Dans les pays de droit civil comme dans les pays de *Common Law*, des mécanismes existent pour permettre également le transfert de droits à des générations plus lointaines. Ce sera le cas des *generation skipping trusts* comme des donations-partages transgénérationnelles françaises, même si la technique du *trust* permet de structurer des transmissions au profit de générations futures, ce que ne permettent pas les donations transgénérationnelles françaises.

B. - Différences

6 - Outre les différences liées aux notions de droit de propriété très dissemblables dans les deux droits observés, il existe de nombreuses différences fonctionnelles. Tout ne sera pas

exposé dans le cadre de cette synthèse⁵. Il nous a semblé cependant utile de reprendre quelques observations.

7 - Aspects civils. – Les deux techniques ont pour objet de transmettre un patrimoine. Cet objet est cependant essentiel et fondamental avec le démembrement de la propriété. Il est plus accessoire dans le *trust*, même si l'intention du constituant est fréquemment orientée dans ce sens.

Par ailleurs, le *trust* s'avère potentiellement plus protecteur des intérêts des bénéficiaires car le *trustee* doit nécessairement agir dans leur intérêt et dans le cadre posé par le constituant. C'est sa fonction et sa mission. Le *trustee* est un tiers entre celui qui transmet et celui qui reçoit. Il doit veiller aux intérêts des uns et des autres. Ce rôle du *trustee* n'a pas d'équivalent en droit français car aucun tiers ne peut efficacement s'immiscer dans les relations entre les différents propriétaires⁶, à moins d'organiser la transmission de manière plus complexe, au travers de sociétés patrimoniales par exemple. L'assurance-vie n'est pas comparable, car l'assureur n'a pas pour mission de gérer les bénéficiaires désignés par le souscripteur.

Cette possibilité de confier à un tiers la gestion d'un patrimoine dans l'intérêt de propriétaires successifs est parfois ressentie comme nécessaire dans les stratégies patrimoniales françaises, mais elle se heurte à notre conception très ferme d'une propriété attachée à une personne.

Il y a dans le démembrement de propriété de droit civil une coexistence des droits de différents propriétaires, qui s'exercent concurremment et successivement. L'usufruitier a ses droits propres et il est limité dans sa gestion par la nécessité de conserver la substance de la chose. De multiples aménagements sont possibles pour limiter ou au contraire renforcer les droits de l'usufruitier, pouvant aller jusqu'à une quasi-propriété. Mais l'usufruitier agit à la fois dans son intérêt propre et dans celui du nu-propriétaire.

Cette différence fondamentale se constate dans tous les actes constitutifs de *trust* ou de démembrement, essentiellement axés sur les droits et devoirs du *trustee* ou du bénéficiaire. Elle explique aussi la très grande souplesse des *trusts* qui existent sous des formes multiples, selon l'objectif poursuivi par le constituant alors que le démembrement de la propriété apparaît souvent plus contraint.

8 - Aspects fiscaux. – Les différences sont également très nombreuses, à toutes les étapes de la transmission : constitution (apport ou donation), gestion (impôt sur le revenu et plus-values) et réalisation de la transmission (distribution ou extinction d'usufruit). Mais la comparaison impose d'élargir l'exercice aux systèmes fiscaux des différents pays concernés eux-mêmes. Pour prendre deux hypothèses extrêmes, l'abattement français en matière de transmission en ligne directe est de 100 000 € par parent et par enfant tandis que l'abattement global pour le patrimoine d'une personne aux États-Unis

(*Federal Estate Tax Exemption*) a été revalorisé à 12,06 millions de dollars pour 2022.

2. L'appréhension difficile des mécanismes étrangers

A. - Une méconnaissance juridique...

9 - Démembrement en pays de *Common Law*. – Le démembrement de la propriété n'existe pas dans les pays de *Common Law*.

On peut simplement relever quelques cousinages. Ainsi en est-il du *proper liferent* écossais. Ce mécanisme permet en effet au *liferenter*⁷ de profiter de la jouissance d'un bien tout en étant tenu d'en conserver la substance.

En droit anglais, l'*interest in possession trust*, ou *life interest trust*, permet au bénéficiaire de premier rang de toucher un revenu provenant d'un bien ou de jouir de ce bien sa vie durant ou pour une période prédéterminée ou à déterminer. Ce droit coexiste avec ceux d'un autre bénéficiaire, voire même d'une classe de bénéficiaires, portant sur le capital sous-jacent.

10 - *Trust* en pays de droit civil. – Les *trusts* sont exclus du règlement européen sur les successions⁸ avec cependant la précision que cette exclusion n'est pas générale. En effet, « dans le cas où un *trust* est constitué en vertu d'un testament ou de la loi en lien avec une succession *ab intestat*, la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement devrait s'appliquer s'agissant de la dévolution des biens et de la vocation successorale des bénéficiaires »⁹.

Par ailleurs, en cas de difficulté de mise en œuvre d'un droit étranger, l'article 31 prévoit que « ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés ».

Ceci décrit assez bien la relation complexe que le droit civil entretient depuis longtemps avec cette notion de *trust* anglo-saxon. Pendant longtemps, en France, le *trust* a été assimilé tantôt à un mandat, tantôt à la fiducie, ou encore à la nomination d'un exécuteur testamentaire. Désormais, au terme d'une jurisprudence abondante, il est acquis qu'un *trust*, dès lors qu'il est valablement constitué dans sa loi d'origine, doit pouvoir déployer ses effets dans l'ordre juridique français.

La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985¹⁰ prévoyait d'ailleurs que lorsque les dispositions impératives de la loi du *for* font obstacle à la reconnaissance du *trust*, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du *trust* par d'autres moyens juridiques. Cette convention n'a été ratifiée que par 13 États au rang desquels ne figurent ni la France, ni les États-Unis et ni la Chine, qui l'avaient pourtant initialement signée.

5. Synthèse des Rencontres Internationales 2021 au cours desquelles cet exercice de comparaison a été développé.

6. Nous évoquons ici les transmissions, ce qui nous conduit à exclure la fiducie, inefficace dans ce domaine. Nous excluons aussi le mandataire posthume dont les attributions sont trop limitées pour qu'il soit considéré comme un tiers.

7. *Liferent*, ou rente viagère, en droit écossais est le droit de recevoir à vie les avantages d'un bien ou d'un autre bien sans le droit de disposer du bien ou du bien.

8. Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, art. 1, 2, j.

9. Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, cons. 13.

10. Conv. La Haye, 1^{er} juill. 1985, art. 15.

Cette institution est inconnue en droit interne pour beaucoup d'États de droit civil, et notamment la France.

Certains États cherchent cependant à les intégrer en droit interne comme c'est le cas en Suisse avec le projet visant à instaurer un *trust* dans le droit interne proposé par le Conseil fédéral en ce début d'année 2022. Ces expériences doivent être considérées avec attention.

Dans le cas particulier de la France, le déploiement des effets d'un *trust* de droit étranger est de mieux en mieux maîtrisé par les praticiens, et notamment par les notaires, qui savent désormais lui faire une place, entre legs et donation, mandat et fiducie. Il est cependant très vivement conseillé aux constituants ou aux bénéficiaires de *trusts* venant s'installer en France de réviser l'acte constitutif de *trust* pour en rendre la lecture, et surtout l'application, plus aisée dans l'hexagone. On sera ainsi particulièrement attentif aux clauses relatives à l'irrévocabilité de la constitution, au rôle du *trustee* ou à la désignation des bénéficiaires.

B. - ... aboutissant à un traitement fiscal souvent rédhibitoire

11 - Démembrement en pays de *Common Law*. – Les situations pratiques sont souvent très variées et exigent des analyses au cas par cas. Cependant, quelques fondamentaux sont aujourd'hui assez bien identifiés. Nous évoquons ici l'effet dans les pays de *Common Law* d'un démembrement portant sur un bien situé dans un État connaissant le démembrement.

Au Royaume-Uni, le démembrement de propriété de droit civil est de mieux en mieux compris. Cependant, il pourra être analysé par l'administration fiscale comme un apport à *trust*, lequel sera taxé – si le donateur est *UK domiciled* ou *deemed domiciled* – à la *capital gain tax* (20 % à 28 %) à hauteur de la plus-value et à l'*inheritance tax* lors de la constitution (20 %) et à une taxe supplémentaire (20 %) si le donataire décède dans les 7 ans suivant la donation. En outre, une imposition supplémentaire pourrait être exigible dans certaines hypothèses, lorsque le donateur sera considéré comme ayant conservé une « *reservation of benefit* ». Dans tous les cas, l'application des conventions fiscales bilatérales sera ici déterminante.

De tout ceci, il résulte que le démembrement de propriété pour des propriétaires domiciliés au Royaume-Uni doit être manié avec précaution. La situation du résident non domicilié est tout à fait différente et beaucoup plus simple.

Aux États-Unis, la même situation analysée par l'administration fiscale américaine fera l'objet tantôt de droits de donation au jour de la donation (si la donation est considérée comme *achieved*) ou de droits de succession au décès (si la donation est considérée comme *not achieved*). Là encore, le risque de double imposition existe et est diversement apprécié selon la nature du démembrement et l'application des conventions fiscales.

De plus, si la donation permet en France de purger la plus-value, la situation est bien différente aux États-Unis où le donataire sera réputé avoir acquis le bien à la valeur d'acquisition par le donateur, engendrant ainsi une forte plus-value. Il sera donc nécessaire de communiquer avec un spécialiste local afin de s'assurer que le choix de la donation en nue-propriété n'impose pas une taxation supérieure à celle en pleine propriété.

12 - *Trust* en pays de droit civil. – Chaque État européen a adapté, avec plus ou moins de précision, sa fiscalité nationale relative aux effets d'un *trust* dans son pays.

La France s'est dotée de l'article 792-0 bis du CGI (Code général des impôts) qui définit les diverses situations pouvant être rencontrées et leur traitement fiscal. Tout dépend de la détermination du bénéficiaire. En cas d'identification évidente, le transfert de propriété subira des droits de donation ou des droits de succession. Dans l'hypothèse inverse, une taxation maximale sera encourue au taux de 45 % en ligne directe, ou même 60 % si la ligne directe ne se déduit pas des clauses du *trust*.

Aux rangs des États favorables, l'Italie applique une imposition particulièrement douce aux *trusts* constitués à l'étranger. De nombreux *trusts* sont donc créés en application d'une loi étrangère (not. à Saint Marin où la Convention de La Haye est entrée en vigueur) afin de leur faire bénéficier d'une fiscalité favorable.

En tout état de cause, des obligations déclaratives sont imposées aux détenteurs de *trusts*, et les sanctions afférentes peuvent être lourdes si elles ne sont pas respectées.

3. Recommandations

13 - Le notaire conseillant des clients à mobilité internationale devra prêter une attention particulière au démembrement, choisi comme subi, qui pourrait avoir un impact contre-productif dans les États de *Common Law*.

Dans la même mesure, le notaire français devra avertir ses clients et ses homologues étrangers du risque de structurer tout leur patrimoine au sein d'un *trust* et devra prêter une attention toute particulière à la rédaction de la clause désignant les bénéficiaires du *trust*, voire de conseiller un dénouement du *trust* en cas de retour en France.

On retiendra surtout que le bon réflexe est avant tout d'échanger avec des spécialistes locaux, juristes comme fiscalistes, afin de s'assurer de la meilleure intégration possible de chaque dispositif national dans l'autre État.

Cette 9^e édition des Rencontres Internationales Althémis nous a permis de revenir sur l'importance de collaborer avec des interlocuteurs étrangers afin de solidifier les solutions transfrontalières que nous élaborons. ■