

DOCTRINE P. 20

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les difficultés d'intégration du trust dans l'ordre juridique français

par *Anne-Sophie Galand* et *Caroline Deneuve*

VEILLE P. 5

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Succession internationale ouverte avant le 17 août 2015 : juridiction compétente pour connaître d'une action en réduction

PROFESSIONS

Les modalités de désignation des membres des chambres de notaires ne portent pas atteinte au secret des affaires

ACTUALITÉS P. 13

PROFESSIONS

Think tank « Territoire et Consciences » : entretien avec son président Philippe Laveix

PRATIQUE P. 15

IMMOBILIER

Emprunt : lettre recommandée non réclamée et mise en demeure

par *Marc Richevaux*

CHRONIQUES P. 25

IMMOBILIER

Vente immobilière

par *Cyril Grimaldi*, *Matthieu Bouirat*, *Mailys Luchel*, *Pierre Vignalou* et *Victoria Garnier-Vigier*



200r5

Les difficultés d'intégration du trust dans l'ordre juridique français

Essentiel

Le règlement *Successions* permet de donner effet au trust grâce au mécanisme de l'adaptation. Il n'en demeure pas moins qu'une reconnaissance totale du trust reste très attendue.

Anne-Sophie GALAND
Notaire assistant



Caroline DENEUVILLE
Notaire à Paris



L'internationalisation des relations suscite la rencontre de plus en plus fréquente des praticiens avec des situations et institutions juridiques nées à l'étranger.

La nécessité de leur faire produire des effets en France suppose de les intégrer dans notre ordre juridique. Si l'intégration se conçoit aisément pour des institutions que nous connaissons déjà en France mais qui prennent d'autres caractéristiques à l'étranger, par exemple le mariage polygamique ou les partenariats étrangers, il en va différemment pour celles qui nous sont étrangères comme la *kafala* de droit musulman ou le trust de droit anglo-américain.

En matière de trust, les difficultés d'intégration, et particulièrement en matière successorale, concernent principalement l'établissement du titre de propriété (I). Pour y faire face, le praticien dispose aujourd'hui d'un outil créé à la faveur du *règlement européen sur les successions* (II).

I. Les difficultés d'intégration du trust dans l'ordre juridique français

A. La nécessaire qualification...

Intégrer une figure juridique étrangère dans notre ordre interne, et lui faire produire ses effets, suppose en premier lieu de la qualifier. La qualifier, c'est en identifier la nature pour lui conférer les traits d'une opération juridique connue de notre droit¹.

La qualification constitue la première étape de la démarche conflictuelle en droit international privé. Une fois l'institution qualifiée, le critère de rattachement associé à la catégorie dégagée s'applique et permet de désigner la loi applicable.

Par principe, l'opération de qualification intervient *lege fori*², selon les conceptions du droit français. C'est donc au regard des catégories de notre droit interne

1. S. Godechot, Y. Lequette (dir.), *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse, 2002.

2. Cass. civ. 22 juin 1955, Caraslanis : pour un mariage franco-grec célébré en France de manière civile alors qu'en Grèce il faut un mariage religieux comme condition de fond pour qu'il soit valide, la cour a considéré que l'on devait se référer à la conception française qui considère que cet élément de la célébration

que s'opère normalement la qualification. On considère d'abord les grandes catégories de notre droit (statut personnel, statut familial, statut réel, contrat), puis les sous-catégories (mariage, filiation, ou pour les contrats : vente, prêt, donation...)³.

En présence d'un trust, institution méconnue du droit civil français, il nous est nécessaire de considérer d'abord la loi étrangère qui le régit afin d'analyser la situation qu'il crée. Une fois cette analyse menée, on pourra revenir à une qualification selon la loi du for. La prise en considération de la loi étrangère, sous laquelle l'institution à intégrer est créée a, de longue date, été prônée par la doctrine. Ainsi Léo Raape déclarait : « L'État étranger caractérise ses règles, l'État du for les classe »⁴. De même, Henri Battifol et Paul Lagarde écrivaient : « La qualification comporte donc deux phases : une phase préparatoire d'analyse qui, le cas échéant, prendra en considération la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for »⁵.

La nécessaire considération de la loi étrangère pour qualifier le trust a conduit certains auteurs à plaider en faveur d'un élargissement, d'une diversification des catégories internes de rattachement, permettant ainsi de découvrir dans notre système des catégories spécifiques aux relations internationales. Un tel élargissement est encouragé par la doctrine moderne, sous l'influence de Jacques Maury⁶.

B. ...perturbée par un démembrement de propriété particulier

Le trust constitue un montage tripartite plébiscité pour la technique du démembrement de propriété qu'il crée entre les parties intéressées : le constituant, le(s) trustee(s) et le(s) bénéficiaire(s).

Le trustee se voit transférer le titre de propriété sur les biens détenus en trust : il a le *legal ownership*, le *legal title*, tandis que le bénéficiaire se voit conférer le *beneficial ownership* qui constitue un intérêt en équité.

L'intervention du trustee constitue dès lors une forme d'interposition entre les biens détenus en trust et les bénéficiaires.

De ce fait, l'existence du trust et l'intervention du trustee dans le processus de transmission successorale impactent l'appréhension des biens par les héritiers et donc interfèrent avec notre notion de saisine successorale.

(le caractère religieux ou laïc) relève de la forme du mariage et non du fond. Le mariage ayant été célébré en France, il dépend pour sa forme de la loi française qui valide un mariage exclusivement civil.

3. F. Mélin, *Droit international privé*, 10^e éd., 2020, Gualino, Lextenso, Mémentos.

4. F. Mélin, *Droit international privé*, 10^e éd., 2020, Gualino, Lextenso, Mémentos.

5. H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^e éd., 1993, LGDJ, n° 294.

6. E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », *JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 20, 2012.

Ce sont donc au stade de la saisine et au moment de l'établissement du titre de propriété que se cristallisent les difficultés d'intégration du trust. Étant entendu que les modalités de transfert de la propriété d'un bien sont une chose, l'existence ou l'inexistence dans un système juridique du droit réel en question en sont une autre⁷. C'est pour pallier l'inexistence du droit que le règlement prévoit son adaptation.

II. Les remèdes d'aujourd'hui et de demain

A. Le remède d'aujourd'hui : le mécanisme de l'adaptation créé à la faveur du règlement (UE) n° 650/2012

1. Les antécédents de l'adaptation

De longue date, les juridictions civiles ont cherché à faire produire en France des effets aux trusts constitués à l'étranger en les assimilant à diverses institutions de droit français⁸.

En particulier, la piste de la qualification de substitution fidéicommissaire était intéressante⁹. Mais les juges semblent avoir assimilé le trustee au premier bénéficiaire, alors qu'une assimilation au tuteur à la substitution, régie par les anciens articles 1054 et 1055 du Code civil, aurait sans doute été plus prometteuse.

La démarche des juridictions fiscales se caractérise par un réel pragmatisme, s'agissant de faire produire en France des effets fiscaux (même si les décisions peuvent parfois manquer de cohérence).

Pour un trust révocable, le constituant étant bénéficiaire des revenus d'un portefeuille de valeurs mobilières, et du principal sur sa demande et sans limitation, le juge a considéré que ce portefeuille devait figurer dans sa déclaration d'impôt sur la fortune¹⁰.

S'agissant des droits de mutation à titre gratuit, ils n'ont traditionnellement que deux faits générateurs. Ainsi, seule la qualification d'une donation ou d'un legs (à titre plus accessoires l'assurance-vie et la tontine) rend exigibles les droits de mutation à titre gratuit.

Plusieurs arrêts ont tenté d'intégrer le trust par l'une de ces qualifications en considérant son caractère révocable ou irrévocable.

7. CJUE, 2^e ch., 12 oct. 2017, n° C-218/16, Kubicka : Defrénois 9 nov. 2017, n° 130q9, p. 39, obs. C. Nourissat ; Defrénois 21 juin 2018, n° 137b8, p. 46, obs. C. Nourissat ; Defrénois flash 30 oct. 2017, n° 142h2, p. 8.

8. M. Revillard, « Libéralités. Donations et trusts », *JCl. Droit international*, fasc. 557-30 ; F. Barrière, M. Grimaldi (dir.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse, 2001.

9. T. civ. Seine, 16 mai 1906 : *Rev. crit. DIP* 1907, p. 240 ; T. civ. Nice, 3 mai 1905.

10. Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20219 : *Bull. civ. IV*, n° 46.

Dans un arrêt du 15 mai 2007¹¹, la Cour décide que la cour d'appel « a déduit à bon droit » des éléments du débat « qu'était (...) caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès » et non au jour de la constitution du trust. Le trust à l'origine révocable était devenu irrévocable du vivant du constituant, ce dernier étant resté bénéficiaire des fruits. Cette décision a été qualifiée d'« extrapolation juridique et fiscale sans précédent »¹² mais annonciatrice des dispositions de la loi de finances rectificative pour 2011¹³.

Par un arrêt du 6 novembre 2019, la Cour de cassation a considéré qu'en présence d'un trust *inter vivos*, il y avait bien eu transfert de propriété par le constituant des fonds distribués par le trustee à un bénéficiaire déterminé dans le *trust deed*. L'opération a été qualifiée de donation entre vifs, taxable comme telle (au taux de 60 %, l'identité du constituant permettant d'apprécier le lien de parenté n'ayant pas été révélée)¹⁴.

Lorsqu'il est confronté à un trust, le juge fiscal recherche la véritable opération réalisée par son intermédiaire. Dans l'arrêt précité, la Cour a en effet considéré que « c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'acte de constitution de trust avait permis la réalisation d'une donation indirecte au profit de M. B et que le constituant était animé d'une intention libérale à son égard, peu important que M. B ne soit pas intervenu à l'acte ». L'analyse de l'opération, la recherche de l'objectif opérées par le juge, puis la transposition en legs ou donation constituent en quelque sorte une forme d'adaptation à des fins fiscales. L'article 792-0 bis du Code général des impôts vise d'ailleurs la « qualification » de donation ou succession.

2. L'adaptation consacrée par le règlement Successions

L'entrée en vigueur du règlement n° 650/2012¹⁵ offre aux praticiens un outil garant de la jouissance, dans les États membres, des droits réels qui y sont inconnus¹⁶.

Le mécanisme de l'adaptation est introduit par le considérant 18 et régi par l'article 31 qui dispose que : « Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible,

adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés ». Ainsi, Patrick Wautelet considère que : « [...] il ne fait pas de doute que si la loi successorale investit un héritier ou un autre bénéficiaire d'un droit dérivé du trust, l'article 31 pourrait s'appliquer lorsque l'héritier ou le bénéficiaire souhaite invoquer ce droit dans un État qui ignore l'institution du trust ».

a. Le mécanisme de l'adaptation doit refléter le triptyque suivant : analyse, comparaison et transposition

La recherche des objectifs. En pratique, la première étape consiste en la lecture et l'analyse des dispositions du *trust deed*. Celui-ci aura été préalablement traduit. En effet, la traduction révèle parfois des surprises et peut apporter des nuances. On pourra utilement obtenir d'un juriste de l'État dans lequel le trust a été constitué une note explicative établie en considération des dispositions de cet article 31. Il s'agit d'identifier et de déterminer les objectifs qui ont conduit à la constitution de tel trust et les effets qui y sont attachés en droit étranger.

La recherche des objectifs du constituant passe également par la mise en exergue de plusieurs éléments : l'identification du ou des bénéficiaires du capital, du ou des bénéficiaires des fruits, et la période à laquelle ils ont vocation à les percevoir. Ces éléments permettent dès lors d'identifier les caractéristiques et les modalités de la libéralité consentie via le trust.

L'identification de la figure équivalente. Ensuite s'opère un retour vers notre droit interne et la recherche de la figure juridique française équivalente quant aux objectifs poursuivis par le constituant et les effets attachés à la libéralité consentie au moyen du trust. Il s'agit de la deuxième phase de comparaison, de corrélation.

Enfin, une fois cette figure équivalente identifiée, les effets du trust sont retranscrits en France par son intermédiaire. Il s'agit de la dernière phase, de transposition.

La phase de transposition. Cette démarche n'est pas nouvelle, la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance prévoit en son article 15 que, lorsque les dispositions impératives désignées par les règles de conflit 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 ».

Concrètement, pour l'établissement du titre de propriété, l'adaptation prendra la forme d'un exposé dans l'attestation de propriété relatant la mise en œuvre des dispositions de l'article 31 du règlement et l'accord des parties (bénéficiaires et trustee) pour retranscrire les effets du trust sous la forme d'une figure de droit français¹⁷.

11. Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18268 : Bull. civ IV, n° 131 ; Defrénois 15 déc. 2007, n° 38692-3, p. 1697, obs. A. Chappert.

12. J.-P. Le Gall, « Le nouveau régime fiscal du trust : une copie à revoir », Dr. fisc. 2011, n° 48.

13. L. n° 2011-900, 29 juill. 2011.

14. Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26985, D : M. Nicod, « Plasticité de la catégorie "donation indirecte" en cas de trust *inter vivos* (donation entre vifs) », Dr. famille 2020, comm. 29, p. 30 ; Defrénois flash 25 nov. 2019, n° 153k9, p. 9.

15. PE et Cons. UE, règl. n° 650/2012, 4 juill. 2012 (<https://text.so/WHEPld>).

16. C. Deneuve et P. Callé « De l'impact du règlement Successions du 4 juillet 2012 sur la réception en France des trusts testamentaires », Defrénois 15 oct. 2015, n° 120y8, p. 1001.

17. Comme le précise P. Wautelet, « lorsque l'autorité qui est confrontée à cette demande (d'adaptation) n'est pas une juridiction, sa décision ne possédera pas autorité de chose jugée », d'où la nécessité de recueillir l'accord de toutes les parties sur l'acte.

b. Plusieurs exemples peuvent être cités

Dans un trust testamentaire est identifiée une libéralité au profit de A, puis au décès de A, soit dans un second temps, au profit de B ; A a droit au revenu et au capital dans ce premier temps, B a les mêmes droits dans un second temps. On pourrait transposer en un *legs résiduel* : A serait le premier gratifié, bénéficiaire de premier rang, et B le second bénéficiaire.

Si en présence d'un trust testamentaire, on identifie une libéralité au profit de A, en tant que bénéficiaire du revenu, et au profit de B, bénéficiaire du capital, on pourrait transposer en legs d'usufruit et de nue-propiété. L'adaptation au profit de *legs en usufruit et nue-propiété* doit cependant prendre en compte d'autres caractéristiques que le simple bénéfice des fruits et du capital. Il faut également rechercher si, par exemple, en cas de vente du bien, A peut percevoir la quote-part du prix de vente. Si tel n'est pas le cas on penchera pour un simple *droit d'usage*. En effet, il convient de bien prendre en compte l'ensemble des effets attachés aux droits des bénéficiaires.

En présence d'un trust *inter vivos* opérant un transfert inconditionnel de la pleine propriété du vivant du constituant, nous devrions appliquer la solution posée récemment par la Cour de cassation¹⁸, à savoir la transposition en une *donation entre vifs*.

Enfin, prenons l'exemple d'un trust au moyen duquel le défunt a consenti une libéralité au profit de ses enfants et a organisé une interdiction *d'aliéner temporaire* sans le consentement du trustee. Il faudra en tenir compte même si cela affecte la réserve. En effet, une telle stipulation est autorisée par l'article 900-1 du Code civil.

La raison d'être du trust est donc ici la protection des enfants et de leur patrimoine. Protection qui passe par l'*interdiction temporaire d'aliéner* que nous pratiquons largement dans nos libéralités françaises.

L'objectif est identifié, la figure équivalente l'est également.

Se pose néanmoins une question : *quid* de l'intérêt sérieux et légitime de l'interdiction d'aliéner ?

Si le droit étranger s'applique à la succession. Ce droit devrait également s'appliquer à l'interdiction d'aliéner (règl., art. 23.2) sauf à ce que l'exception d'ordre public international puisse être invoquée. En pratique, nous rédigerons une attestation de propriété relatant l'interdiction d'aliéner le bien sans le consentement de la personne désignée par le constituant, pendant la durée et selon les modalités prévues au *trust deed*.

Si la loi française s'applique à la succession. Prenons le cas d'une personne ayant consenti un legs à ses enfants d'un portefeuille de valeurs mobilières avec une interdiction temporaire d'aliéner organisée par le trust. Le trust a été établi à un moment où le constituant avait sa résidence habituelle aux États-Unis. Au moment de son décès, le constituant a sa résidence habituelle en France. Dans ce cas, la succession est soumise à la loi française et l'interdiction d'aliéner doit respecter les modalités prévues par le droit français, à savoir la caractérisation d'un intérêt sérieux et légitime.

B. Le remède de demain : une intégration complète du trust grâce à sa reconnaissance

Aujourd'hui, en l'absence de texte, la convention de La Haye n'étant pas en vigueur en France, il nous semble difficile pour le notaire de reconnaître le trust en tant que tel. Alors même que certains services de la publicité foncière auraient publié des titres de propriété directement au nom du trustee¹⁹, une telle situation se situe, comme le rappelle un auteur : « à la limite du possible »²⁰. Par ailleurs, établir un titre de propriété directement au nom du trustee pourrait peut-être l'exposer à des conséquences fiscales non maîtrisées telle que l'application de la taxe à 3 % de l'article 990 D du Code général des impôts.

C'est probablement en raison de considérations fiscales que la convention n'est pas ratifiée à ce jour. L'inconstitutionnalité du registre public des trusts²¹ ne permet toujours pas de dissiper l'opacité qui l'enveloppe. Ainsi, le notaire pourrait difficilement être le promoteur d'une intégration totale avant son entrée en application.

À défaut de ratification de la convention de La Haye, cette intégration pourrait aussi résulter d'un règlement européen, certes moins probable depuis le Brexit, ou alors tout simplement d'un texte interne édictant cette reconnaissance²².

C'était d'ailleurs sur le fondement d'un texte, le règlement n° 2015/848, relatif aux procédures d'insolvabilité, que la Cour de cassation a pu considérer que devait être reconnu le transfert au trustee (syndic) de la propriété des biens du débiteur, personne physique, mis en liquidation judiciaire, conformément au droit anglais²³.

19. S. Lamiaux « Trust testamentaire et publicité foncière », JCP N 2021, 7, 08.

20. M. Revillard, « Libéralités. Donations et trusts », JCI. Droit international, fasc. 557-30

21. Institué par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et déclarée aux termes d'une décision du 21 octobre 2016 (Cons. const., 21 oct. 2016, n° 2016-591 QPC : JO, 23 oct. 2016 ; Defrénois 7 sept. 2017, n° 127u9, p. 56, obs. P. Callé ; Defrénois flash 7 nov. 2016, n° 136p9, p. 11).

22. Comme en Belgique : Code de droit international privé belge, art. 122.

23. Cass. com., 16 juill. 2020, n° 17-16200, FS-PBR : Defrénois flash 2 sept. 2020, n° 157k8, p. 1.

18. Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26985, D : Defrénois flash 25 nov. 2019, n° 153k9, p. 9.