

## SOLUTION NOTAIRE HEBDO 21 mars 2019 N°10

Éclairage Famille Successions

### Présentation des trusts les plus courants en droit américain

Michael W. Galligan,

avocat au Barreau de New York, Partner Trusts & Estates Department, Philips Nizer LLP

Caroline Deneuille,

notaire à Paris, coordinatrice de l'action internationale des pays anglo-saxons à la Chambre des notaires de Paris

Lors du petit-déjeuner DIP qui s'est tenu à la Chambre des notaires de Paris le 25 septembre 2018, les caractéristiques principales d'un trust et ses différents types ont été exposés par Michael W. Galligan. Ses propos ont été complétés par Caroline Deneuille. La réception des trusts, leurs effets, sous l'empire du règlement Successions seront l'objet d'un second article.

#### **Préambule**

Il faut démystifier le trust, instrument que l'on retrouve dans de nombreux domaines, et notamment dans les matières civiles et commerciales, dans le monde anglo- américain ou dans les pays qui se sont inspirés de la Common law. C'est l'objectif que nous nous étions fixé. Nous nous intéresserons principalement au trust dans le cadre familial et, plus particulièrement, à l'occasion du règlement d'une succession. Même limité à ce cadre, le présent article ne constitue qu'une première approche de la question. Certains points de la présentation (notamment la fiscalité américaine) ne seront pas abordés ; ils nécessitent une étude plus approfondie.

*Les parties en italique représentent les commentaires de Caroline Deneuille insérés dans l'exposé de Michael Galligan.*

#### **Les caractéristiques du trust**

**1. Définition.** Comme l'indique la convention de la Haye de 1985, toujours pas en application en France, le trust « vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort –, lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé » (*Convention de la Haye du 1-7-1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, art. 2*).

Les biens détenus en trust constituent une masse distincte du patrimoine personnel du trustee. Le titre de propriété (au sens américain du terme) est détenu par le Trustee.

Le trustee a le pouvoir et le devoir d'administrer les biens du trust, et de disposer de ces biens selon les termes de l'acte constitutif et les règles qui régissent la matière.

**2. Les acteurs.** Le constituant est le fondateur qui a transféré les biens à un trustee avec l'intention de créer un trust.

*Précisons que le constituant n'a aucune intention libérale à l'égard du Trustee (sauf si ce dernier est lui-même bénéficiaire), alors que cet « animus donandi » est un élément essentiel en droit français du transfert de propriété à titre gratuit, que ce soit par donation ou legs.*

Les bénéficiaires sont les personnes ayant droit aux distributions de revenus ou de capital, actuelles ou à venir, le tout selon les termes du trust.

Le trustee est celui qui détient le titre de propriété (au sens américain du terme) sur les biens du trust et qui a l'obligation de les administrer et de procéder aux distributions au profit des bénéficiaires.

*Le trustee a le titre de propriété au sens du droit américain, mais il n'y a pas de transfert à son profit de la propriété au sens que nous lui donnons en droit français. Disons que le trustee tient la boîte dans laquelle se trouve le cadeau pour le bénéficiaire.*

Et le juge a le pouvoir de superviser, de régir la conduite des trustees, de les révoquer, les remplacer si nécessaire. Il veille à ce que les bénéfices économiques du trust soient préservés jusqu'à ce que les biens du trust soient finalement distribués aux bénéficiaires.

*Comme dans bien d'autres droits, lorsqu'une personne administre pour le compte d'autrui, que ce soit pour un majeur incapable, ou ici pour un bénéficiaire du trust, ou là pour le compte de créanciers, le cas échéant, dans une succession acceptée à concurrence de l'actif net, un juge peut intervenir ou être saisi. Il agit comme un garde-fou, protecteur de tous les intérêts en présence.*

**3. Ce que le trust n'est pas.** Le trust par lui-même n'est pas une entité juridique indépendante, il n'est pas une société et n'a pas la personnalité morale. Il n'est pas non plus un mandat. Le constituant ne détient plus les biens dès lors qu'ils ont été transférés au trust et le trustee a pour principale mission de servir les intérêts des bénéficiaires et non les intérêts du constituant. *Mais le constituant a pu créer le trust pour en être le bénéficiaire.*

**4. Le comportement du trustee, ses obligations.** Il faut insister sur le fait que le trustee doit rendre des comptes aux bénéficiaires et il ne doit jamais perdre de vue ses obligations, responsabilités et charges. Il doit avoir un comportement soucieux des intérêts en présence, dans le respect des prescriptions dictées par le constituant.

*C'est la contrepartie de la confiance que le constituant a exprimée en le désignant. Peu importe que le trustee soit ou non rémunéré, cette confiance exprimée implique ces devoirs. On retrouve la même idée dans de nombreux cas d'administration de biens pour un tiers, par exemple dans notre mandat de protection future pour autrui ou même pour soi.*

Dans la conception moderne de la gestion, aucun investissement n'est interdit alors que les règles traditionnelles décourageaient les investissements dans des entreprises risquées ou spéculatives. La diversification entre les catégories de biens et les types d'investissements est généralement privilégiée. Le trustee doit prendre des décisions prudentes mais n'est pas tenu de garantir un bon résultat. Il doit tenir une comptabilité distinguant le capital et les revenus.

## Les principaux types de trusts

**5. Les trusts peuvent être révocables ou irrévocables.** Si le constituant peut reprendre unilatéralement les biens transférés au trustee, le trust est considéré comme révocable.

En droit anglais, seuls les trusts irrévocables seraient considérés comme de véritables trusts.

Aux États-Unis, les trusts révocables jouent un rôle important en matière d'héritage. Dans la plupart des États, ils permettent d'éviter la procédure du « probate ». Pour cette rai-

son, ils sont très fréquents notamment en Californie et en Floride. *Dans ce cas, le transfert des biens se fait du vivant du constituant, et ce par un trust « inter-vivos » et révocable. Le constituant peut révoquer le trust, mais s'il ne le fait pas, le trust va se transformer en trust irrévocable à son décès. L'acte constitutif contient des dispositions pour le cas de décès, que le trustee devra alors exécuter le moment venu.*

Un trust établi dans un testament est nécessairement irrévocable puisque le constituant est le défunt, qui, par définition, ne peut reprendre les biens du trust.

*En pratique, on a souvent les deux instruments :*

- *un trust révocable créé de son vivant par le constituant décédé,*
- *un testament par lequel cette même personne lègue et transfère ses biens (ceux qu'elle n'a pas déjà transférés au trust « intervivos ») au trustee dudit trust.*

*Les biens laissés au décès vont donc rejoindre la masse des biens détenus par le trustee du trust révocable (devenu irrévocable au décès). On peut trouver les dispositions à cause de mort dans ce trust révocable auquel le testament renvoie.*

Constitue également un trust irrévocable un trust classique de donation mis en place par le constituant de son vivant par lequel il transfère de manière inconditionnelle le bien à un trustee (*donation entre vifs*).

**6. Quelques finalités du trust.** Le trust peut avoir pour finalité de :

- *protéger les bénéficiaires en cas d'immaturité économique ou d'incapacité à gérer leurs biens. Dans de telles hypothèses, en droit français, nous utilisons la donation ou le legs sous la condition que les biens soient administrés par un tiers, ou encore avec interdiction d'aliéner sans le consentement d'un tiers, tant sur l'aliénation que sur le emploi du produit de celle-ci;*
- *protéger les biens, c'est-à-dire ceux du bénéficiaire contre les prétentions de créanciers. Nous avons des mécanismes équivalents avec le séquestre conventionnel, l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net qui entraîne séparation des patrimoines, etc.;*
- *organiser la succession. Il peut s'agir de préserver les biens transmis aux descendants d'une première union du constituant alors que ce dernier est remarié. Dans un tel cas nous ferions un démembrement de propriété en laissant au conjoint en secondes noces l'usufruit des biens. Il peut également s'agir de les transmettre sur plusieurs générations. Sans pouvoir aller sur plusieurs*

*génération, nous pouvons tout de même rapprocher ce type de trust des libéralités résiduelles et graduelles.*

**7. Les phases d'un trust.** Un trust compte toujours au moins deux phases temporelles : une phase actuelle et une phase future. Excepté pour certains États fédérés tels que le Delaware, l'Alaska et le New Jersey où il n'existe aucune limite dans le temps, le trust ne peut pas perdurer indéfiniment. Ainsi, à New York, le trust testamentaire ne peut pas perdurer au-delà de 21 années après le décès du survivant d'un groupe de personnes en vie lors du décès du testateur (par exemple, 21 ans après le dernier décès de tous les descendants des parents du constituant en vie au jour de son décès). À l'issue de cette période et si le trust est toujours en cours, les biens sont de nouveau détenus en propriété exclusive de trust, c'est-à-dire que le trust prend fin, le titre de propriété et l'intérêt bénéficiaire ne sont plus dissociés.

EXEMPLE :

Trust comportant une phase actuelle et une phase future : trust en faveur de A, et au décès de A ou à l'expiration d'un certain délai, les biens sont transférés à B.

*On retrouve ici une analogie avec le transfert en démembrement de propriété si A n'a droit qu'aux fruits, ou avec la libéralité résiduelle si A peut prétendre à une partie du capital.*

Le trust peut comporter plusieurs phases futures : trust en faveur de A, et au décès de A, le trust est maintenu en faveur de B, et au décès de B, le trust est maintenu pour C, etc.

**8. Les distributions de revenu ou de capital.** Le trust peut prévoir des distributions déterminées par le constituant ou laissées à la discrétion (totale ou malgré tout encadrée) du trustee.

EXEMPLES DE DISTRIBUTION DE REVENUS :

- « Je donne pour instruction au trustee de distribuer les revenus nets du trust à A par des versements trimestriels (ou plus fréquents) sa vie durant » ;

- ou « Je donne pour instruction au trustee de distribuer à A tout ou une bonne partie des revenus nets du trust, comme mon trustee le jugera souhaitable à son entière discrétion » ;

- ou « Je donne pour instruction au trustee de distribuer à A tout ou une bonne partie des revenus nets du trust, comme mon trustee le jugera souhaitable pour pourvoir aux besoins de A, c'est-à-dire si sa santé le requiert, ou pour son éducation et son entretien ».

EXEMPLES DE DISTRIBUTION DE CAPITAL :

- l'acte de trust peut tout d'abord interdire la distribution du capital. Ainsi A n'a droit qu'aux revenus, le capital devant rester intact pour B qui le percevra au décès de A, à moins que le bien reste en trust pour B après cet événement ;

- l'acte de trust peut prévoir la distribution du capital à la discrétion totale du trustee ou encadrée comme indiqué ci-dessus pour les revenus ;

- il peut prévoir la distribution du capital à l'un ou à l'autre des bénéficiaires désignés (classe de bénéficiaires) : « j'autorise mon trustee à distribuer tout ou partie du capital à tout moment au profit de l'un et/ou l'autre de A, B et C qui serait en vie au moment considéré, à son entière discrétion ». On n'est pas loin d'un legs avec faculté d'élire, prohibé en droit français, mais probablement recevable si la succession est régie par le droit américain.

- les causes de distribution peuvent être encadrées comme on l'a déjà indiqué : par exemple « j'autorise mon trustee à distribuer [même disposition que ci-dessus jusqu'à... A, B et C], pour pourvoir à leur besoin en matière de santé, d'éducation ou d'entretien ou de soutien ». Le pouvoir discrétionnaire du trustee est ici encadré, le legs est quasiment conditionnel ;

- la disposition peut prévoir une substitution vulgaire : « au décès de A, le trust prendra fin et mon trustee distribuera le principal restant dans le trust à B, et en cas de prédécès de B, à C, et en cas de prédécès de C, aux enfants de C alors en vie » ;

- l'acte de trust peut aussi prévoir que le premier bénéficiaire pourra désigner dans son propre testament le ou les bénéficiaires successifs : « au décès de A, mon trustee distribuera le principal restant alors en trust, dans le cadre d'un autre trust, au profit d'un ou de plusieurs descendants de A, et comme A l'aura prescrit dans son testament, et à défaut, aux descendants de A par souche ».

**En conclusion** : *Bien comprendre ces dispositions, percevoir leurs nuances pour les transposer dans notre droit en recherchant l'équivalent le plus proche, c'est ce que prescrit l'article 31 du règlement Successions lorsqu'il propose d'adapter un droit réel inconnu. Nous ne connaissons pas cette dissociation entre le titre de propriété et l'intérêt du bénéficiaire, entre le «legal ownership» et le «beneficiary ownership», mais nous avons, en grande partie, des objectifs semblables à atteindre.*