

# Actualités

## Aperçu rapide

### Revenus de capitaux mobiliers

## 607 « *Income we trust* » : la délicate question du traitement fiscal des revenus des trusts



Erika MARTIN,  
avocat, Filor avocats



Franck BRANCALEONI,  
avocat associé, Filor avocats

1 – Les trusts n'ont pas fini de donner du fil à retordre aux contribuables ainsi qu'aux praticiens, et bien qu'ils aient aujourd'hui une véritable existence en droit fiscal français, les incertitudes restent nombreuses à bien des égards. Ce concept juridique est polymorphe et de là viennent toutes les difficultés à l'appréhender.

La question de l'imposition des revenus des trusts n'a pas attendu la loi de finances rectificative du 29 juillet 2011 (*L. n° 2011-900, 29 juill. 2011, art. 14 : Dr. fisc. 2011, n° 30, comm. 461*) pour se poser et les réponses apportées par le législateur français s'articulent autour de deux textes dont la cohabitation n'est pas toujours évidente.

### 1. Imposition des revenus des trusts : les fondements

#### A. - L'article 120, 9° du CGI : imposition des produits distribués

2 – Des deux fondements en présence, l'article 120, 9° du CGI est de loin le plus ancien. Il précisait dans sa première version que « *Sont considérés comme revenus au sens du présent article (...) 9° Les produits des "trusts" quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts* ». La loi de finances rectificative pour 2011 précitée a modifié le texte qui se présente depuis comme suit : « *Sont considérés comme revenus au sens du présent article (...) 9° Les produits distribués par un trust défini à l'article 792-0 bis, quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust* ». Cette dernière modification est présentée dans le rapport fait par la Commission

des finances de l'Assemblée nationale comme la volonté de « limiter l'imposition aux produits distribués, donc d'exonérer les produits réinvestis ». Cet article édicte donc la règle de l'imposition des seuls revenus distribués ou mis à la disposition de la personne physique par l'entité étrangère. Ainsi, du seul fait qu'il s'agit de produits d'un trust constitué à l'étranger, l'ensemble de ces produits est passible de l'impôt sans que l'administration fiscale ait à établir que ces revenus proviennent, en tout ou en partie, de valeurs mobilières étrangères ou de créances étrangères (*BOI-RPPM-RCM-10-30-10-10, 4 mars 2016, § 130*).

De fait et selon cette règle, les produits acquis du capital mais qui restent cantonnés et capitalisés dans l'entité étrangère ne sont pas imposables en France. Lors de l'adoption de la loi de finances pour 1999 (*L. n° 98-1266, 30 déc. 1998, art. 101 : Dr. fisc. 1999, n° 1, comm. 1*) ayant créé l'article 123 bis du CGI, l'objectif était clair : faire échec à l'évasion fiscale par la non-distribution des revenus d'actifs indirectement détenus dans le cadre d'entités localisées dans des États ou territoires à fiscalité privilégiée.

#### B. - L'article 123 bis du CGI : imposition majorée par transparence des produits capitalisés

3 – Cet article, qui tend à parachever le principe de l'obligation fiscale illimitée, institue le principe de l'imposition en France du revenu acquis à une personne physique résidente française, qui détient, directement ou indirectement, une participation d'au moins 10 % dans une entité établie dans un pays où elle bénéficie d'un régime fiscal privilégié, au titre de ses droits sur les bénéfices ou les résultats non distribués. L'imposition est alors assise sur les

droits que détient le contribuable sur les bénéficiaires ou résultats positifs de l'entité étrangère, ce qui en fait selon l'expression « le 209 B des personnes physiques ».

Le type de structures visé est très large puisqu'à côté des notions d'entité juridique-personne morale, d'organisme et de fiducie, l'on trouve celle d'« institution comparable » de manière à ne rien exclure du champ d'application de ce texte. Les trusts étaient d'ailleurs nommément visés par le rapport de la Commission des finances qui justifiait la non-utilisation du mot « trust » par l'obligation constitutionnelle suivant laquelle « la langue de la République est le français » et qui concluait, sur cette note de francophonie, qu'il ne fallait surtout pas y voir la volonté de ne pas appréhender les structures nommément citées au 9° de l'article 120 (c'est-à-dire les trusts).

Les revenus non encaissés correspondants relèvent ainsi de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et sont imposés sur une assiette majorée de 25 % (CGI, art. 158, 7, 2°) au taux du barème de l'impôt sur le revenu sans application de l'abattement de 40 % (CGI, art. 158, 2, 3°) applicable aux dividendes, ainsi qu'aux prélèvements sociaux au titre de l'année au cours de laquelle ils sont réputés acquis.

## 2. Articulation des fondements

### A. - Une combinaison de textes sans télescopage

4 – Dès lors que les conditions d'application de l'article 123 bis sont remplies, c'est sur ce fondement qu'il convient d'imposer en priorité les revenus des entités étrangères. L'article 120, 9° ne doit trouver à s'appliquer que résiduellement et sans imposer une seconde fois ce qui a déjà été soumis à l'impôt par le biais de l'article 123 bis.

Le risque de cumul d'impositions lié au principe de taxation de revenus non distribués était déjà pointé dans les travaux parlementaires de 1999. Le rapport de la Commission des finances précisait qu'il convenait « de veiller à ce que [ces revenus] ne soient pas imposés une deuxième fois lors de leur distribution, puisque l'article 120 du CGI prévoit que les revenus financiers versés et donc encaissés hors de France sont des revenus imposables en France ».

Ce risque a été exclu par le 4° de l'article 123 bis qui prévoit que les revenus distribués ou payés à une personne imposable ne constitueront des revenus imposables que pour la partie excédant le montant de ce qui a été imposé au titre des revenus acquis. En pratique, les cas d'excédent du revenu distribué sur le revenu acquis restent rares, si bien que les articles 123 bis et 120, 9° ne se combinent que très peu.

### B. - Une possibilité de sortie du champ de l'article 123 bis du CGI

5 – Jusqu'à récemment, dès lors qu'il était démontré que les conditions d'application de l'article 123 bis étaient remplies, les revenus positifs de l'entité étaient réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne physique dans la proportion des droits qu'elle y détenait directement ou indirectement. Il s'agissait d'une présomption irréfragable et le contribuable ne pouvait pas sortir du champ d'application de l'article 123 bis une fois qu'il y était entré.

Dans un contexte récurrent de censure par le Conseil constitutionnel des présomptions irréfragables, la QPC soulevée récemment dans l'affaire Nabitz tombait à point. Le Conseil a tranché dans la droite ligne de ses précédentes décisions et, s'il a validé la conformité de cette règle dérogatoire à la Constitution, c'est sous la réserve que la personne physique soit recevable à démontrer que la participation qu'elle détient dans l'entité établie dans cet État n'a ni

pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude ou d'évasion fiscales, la localisation de revenus à l'étranger (Cons. const., 6 oct. 2017, n° 2017-659 QPC, Nabitz : Dr. fisc. 2017, n° 41, act. 552). Une telle démonstration évite désormais au contribuable de passer sous les fourches caudines de l'article 123 bis pour relever du droit commun de l'article 120, 9°.

### C. - La difficile application de l'article 123 bis du CGI aux trusts

6 – Dès lors que le mécanisme de l'article 123 bis implique que la personne physique détienne au moins 10 % de l'entité, l'application de cet article aux trusts semble délicate et malaisée. Sur ce point, le rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2011 était clair : « l'article 123 bis suppose que la personne physique imposée en transparence détienne au moins 10 % de l'entité, disposition qui, en pratique, s'applique mal (voire pas) aux trusts ».

Sur ce point, nous rejoignons totalement Bruno Gouthière qui estime que l'application de l'article 123 bis aux trusts nécessite que le constituant ait préalablement décidé que le trustee devait effectivement distribuer au bénéficiaire des sommes représentant au moins 10 % des revenus du trust (B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales* : Ed. Francis Lefebvre, 11<sup>e</sup> éd., n° 50385). Si cette hypothèse n'est pas improbable, elle n'est pas celle que l'on rencontre le plus fréquemment.

Toutefois, il reste un cas dans lequel les revenus des trusts pourraient être imposés sur le fondement de l'article 123 bis, il s'agit des entités implantées dans un État ou un territoire non coopératif (ETNC). Dans cette situation en effet, l'article 123 bis, 4 ter précise que la condition de détention de 10 % est présumée satisfaite et que le revenu imposable de la personne physique ne peut alors être inférieur – le montant forfaitaire est un minimum imposable : si l'application des règles de droit commun mène à un revenu imposable supérieur, c'est ce dernier qui sera imposé – au produit de la fraction de l'actif net ou de la valeur nette des biens de l'entité correspondant aux droits du contribuable sur les résultats bénéficiaires par le taux d'intérêt moyen pratiqué par les établissements de crédit (actuellement 1,67 %, V. avis, 28 juin 2017). Cette même règle d'imposition s'applique aux États ou territoires n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative, mais la présomption de détention ne s'applique pas. Depuis une décision du Conseil Constitutionnel du 1<sup>er</sup> mars 2017 (Cons. const., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 2016-614 QPC : Dr. fisc. 2017, n° 10, act. 159. – V. C. Acard, *Fiscalité financière* : Dr. fisc. 2017, n° 21, étude 318, n° 20), il s'agit d'une présomption simple. Le contribuable est donc fondé à échapper à cette règle d'imposition particulièrement sévère en rapportant la preuve que le revenu réellement perçu par l'intermédiaire de l'entité est inférieur au revenu défini forfaitairement en application de ces dispositions.

### D. - Grille de lecture et d'application des textes

7 – Il semble possible d'identifier différentes situations et d'y adjoindre le fondement servant à l'imposition des revenus. Nous présenterons cette grille de synthèse sous la forme d'hypothèses et de sous-hypothèses.

**Hypothèse 1** : Le trust est structuré de façon à ce que l'on puisse affirmer que la personne physique détient au moins 10 % de l'entité.

**Hypothèse 1.1** : Le trust est localisé dans un pays à fiscalité privilégiée

**Hypothèse 1.1.1** : La personne physique est en mesure de démontrer que la participation qu'elle détient dans l'entité n'a ni pour objet, ni pour effet de permettre, dans un but de fraude ou d'évasion

fiscales, la localisation des revenus à l'étranger : application du seul article 120, 9°.

**Hypothèse 1.1.2 :** La personne physique ne parvient pas à rapporter une telle preuve : application de l'article 123 bis et éventuellement de l'article 120, 9° si le revenu distribué excède le revenu acquis.

**Hypothèse 1.2 :** Le trust n'est pas localisé dans un pays à fiscalité privilégiée : application du seul article 120, 9°.

**Hypothèse 2 :** Le trust n'est pas structuré et il n'est pas possible de rattacher une quelconque participation à la personne physique : application du seul article 120, 9°.

**Hypothèse 3 :** Le trust est localisé dans un ETNC : le revenu imposable de la personne physique ne peut en principe être inférieur au produit de la fraction de l'actif net ou de la valeur nette des biens de l'entité correspondant aux droits du contribuable sur les résultats bénéficiaires par le taux d'intérêt moyen pratiqués par les établissements de crédit (*CGI, art. 123 bis, 3°, al. 2*).

**Hypothèse 3.1 :** Le contribuable parvient à rapporter la preuve que le revenu réellement perçu par l'intermédiaire de l'entité juridique est inférieur au revenu défini forfaitairement : application de l'article 123 bis, 1°. Il semble alors cohérent d'admettre que dans cette situation, la personne physique puisse également démontrer que la participation qu'elle détient dans l'entité établie dans cet ETNC n'a ni pour objet, ni pour effet de permettre, dans un but de fraude ou d'évasion fiscales, la localisation de revenus à l'étranger, de façon à sortir du champ de l'article 123 bis et de rentrer dans celui de l'article 120, 9°.

**Hypothèse 3.2 :** Le contribuable ne parvient pas à démontrer que le revenu réellement perçu par l'intermédiaire de l'entité est inférieur au revenu défini forfaitairement : application de la règle dérogatoire de l'article 123 bis, 3°, al. 2.

15 – Dans le sens de la transparence aujourd'hui imposée aux trusts et aux entités assimilées par la loi du 29 juillet 2011, les administrateurs doivent satisfaire à des obligations déclaratives contrai-

gnantes (*CGI, ann. III, art. 344 G sexies et septies*). Ces obligations sont assurément un argument de nature à permettre de démontrer que le constituant, et plus encore le bénéficiaire réputé constituant ou le simple bénéficiaire, n'ont pas été animés par la volonté d'utiliser le trust pour localiser des revenus à l'étranger dans un but de fraude ou d'évasion fiscales.

La traçabilité des actifs et des produits capitalisés est rendue possible par la souscription de déclarations événementielles. Il est ainsi permis de connaître en toute transparence :

– les revenus distribués taxables par application de l'article 120, 9° ;

– le capital attribué non représentatif de revenus et ne caractérisant pas une transmission à titre gratuit car appréhendé par le constituant lui-même après mise en trust, ou par le bénéficiaire réputé constituant après transmission régulièrement déclarée ;

– l'attribution de revenus provenant de produits capitalisés ou la transmission à titre gratuit d'un patrimoine comprenant ces mêmes produits.

On le voit, les cas d'imposition des revenus des trusts selon les règles de l'article 123 bis devraient être relativement peu nombreux à l'avenir. La majorité des impositions devrait se faire au travers de l'article 120, 9° et ne viser que les seuls revenus distribués.

À cet égard, la solution qui a été imposée par l'administration fiscale dans le cadre des régularisations d'avoirs détenus à l'étranger, qui consistait à taxer les produits des trusts et de toutes les autres entités assimilées sur le fondement de l'article 123 bis, pouvait se justifier dans la majorité des cas traités par le STDR. En effet, les régularisations concernaient une époque où le secret était de mise et au cours de laquelle les revenus étaient soustraits à l'impôt.

Tel n'est plus le cas à l'heure actuelle et il est grand temps de tirer les conséquences qui s'imposent en appliquant aux revenus générés par les trusts un régime fiscal conforme tant aux principes constitutionnels, qu'aux engagements internationaux de la France.