

RENCONTRES INTERNATIONALES ALTHÉMIS

23 La famille dans tous ses États  
(suite et fin)

Étude réalisée par :

**BERTRAND SAVOURÉ**

*notaire à Paris, Groupe Althémis*

**PASCAL JULIEN SAINT-AMAND**

*notaire à Paris, Groupe Althémis*

**YANN MOREAU-COTTEN**

*notaire à Paris, Groupe Althémis*

**GROUPE ALTHÉMIS**

*réseau notarial*

*www.althemis.fr*

*membre du réseau international Lexunion*

*www.lexunion.com*



et

**PASCALE SANSÉAU**

*notaire à Saint-Germain-en-Laye*

– La planification patrimoniale s’inscrit dans un contexte de plus en plus international, cela nous conduit à changer nos repères et à imaginer des solutions innovantes. L’arsenal législatif européen nous offre aujourd’hui, plus que jamais, les moyens d’élaborer des stratégies transnationales efficaces au-delà de toutes les frontières.

– Pour y parvenir, l’échange avec nos homologues étrangers est indispensable : ce n’est qu’en confrontant nos points de vue et en comparant les opportunités qu’offrent nos droits respectifs que nous pouvons identifier les solutions pertinentes.

1 - Afin d’explorer ces nouveaux horizons, l’équipe Althémis et ses partenaires vous proposent de suivre les aventures de

l’un de ses clients au cours de plusieurs des étapes importantes de sa vie<sup>1</sup>. Bien évidemment, toute ressemblance avec des dossiers traités par Althémis et ses partenaires n’est absolument ni fortuite ni involontaire.

**Ndlr :** Cet article est le dernier d’une série de quatre contributions présentant le cas pratique traité lors des Rencontres Internationales Althémis, qui se sont tenues le 13 octobre 2018 et auxquelles ont participé : Isabelle REINLESCASTEREYRES, avocate à Paris, cabinet BWG ; Georges KHAIRALLAH, professeur émérite, université Paris II Panthéon Assas ; Tim AMOS QC, avocat à Londres ; Georges MERRYLEES, avocat à Londres, Cabinet Irwin Mitchell ; Emmanuel de WILDE d’ESTMAEL, avocat à Bruxelles, De Wilde et Associés et Federico TASSINARI, notaire à Bologne.

1. Ce cas pratique a été présenté lors des Rencontres internationales Althémis qui se sont tenues le 12 octobre 2018.

## Rappel du cas pratique<sup>2</sup> :

Monsieur de Gand, de nationalité franco-belge, divorcé, est père de deux enfants dont l'un réside en France et l'autre au Royaume-Uni.

Il dispose d'un important patrimoine familial en Belgique. Monsieur de Gand est en outre propriétaire de biens mobiliers et immobiliers en France et en Italie. Après avoir travaillé de nombreuses années dans la branche britannique de l'entreprise familiale de son père, il envisageait de s'installer en Italie ou en Belgique.

## ACTE 2 : L'ENVIE D'AVENTURES (suite)

### SCÈNE 2 : A new deal

## Suite des faits du cas pratique

Rien ne se passe cependant comme il l'attendait. Lors d'un voyage aux États-Unis, il rencontre Monsieur Sky, professeur de golf de 20 ans son cadet. Monsieur de Gand, épris de ce jeune homme, décide alors de s'installer aux États-Unis. Emporté par cette nouvelle idylle, il acceptera de fonder une famille avec Monsieur Sky, qui se concrétisera par un mariage et le recours à une gestation pour autrui aux États-Unis, de laquelle naîtra une petite Fiorella.

Monsieur de Gand s'interroge sur les droits de Fiorella dans sa succession, qui sera régie par le droit français en vertu de la *professio juris* effectuée dans les épisodes précédents<sup>3</sup>.

2 - Nous rappellerons que Monsieur de Gand est de nationalité franco-belge, et Monsieur Sky de nationalité américaine. Ils résident tous deux aux États-Unis et ont eu recours à une gestation pour autrui (« GPA ») dans le cadre d'une procédure américaine, qui a abouti à l'établissement du lien de filiation aux États-Unis à l'égard des deux pères, et à la renonciation de la mère porteuse à tout lien de filiation envers l'enfant.

Quelles sont les conditions et modalités de reconnaissance de la GPA réalisée à l'étranger par un couple homosexuel dans l'hypothèse d'une succession soumise au droit français ?

3 - La reconnaissance du lien de filiation entraînera des conséquences civiles et fiscales dans le cadre de la succession de Monsieur de Gand :

– conséquences civiles : Fiorella sera reconnue comme héritière réservataire de Monsieur de Gand. Chacun de ses trois enfants sera réservataire à hauteur de 1/4 chacun. À défaut, Adam et Eve, auront une réserve de 1/3 chacun et Fiorella n'aura par principe aucun droit dans la succession, sauf pour Monsieur de Gand à lui léguer la quotité disponible qui s'élève à 1/3 de son patrimoine, si son souhait est de traiter ses enfants de manière égalitaire, mais dans ce cas il aura alors utilisé sa quotité disponible au profit de Fiorella et ne pourra pas gratifier Monsieur Sky dans sa succession ;

– conséquences fiscales : en l'absence de reconnaissance du lien de filiation, toute transmission à titre gratuit au profit de Fiorella sera taxable au taux applicable entre étrangers, soit au taux fixe de 60 %.

La question de la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger revêt donc une importance majeure dans le cadre de la planification successorale internationale de Monsieur de Gand.

4 - La jurisprudence française et européenne est très prolifique sur la question de la GPA avec de nombreux arrêts rendus ces 5 dernières années, dans des situations particulières disparates.

Nous identifierons donc les principes qui régissent le processus de GPA régulièrement réalisé à l'étranger par des couples homosexuels, selon que la mère porteuse est également la génitrice ou non de l'enfant. Dans la majorité des arrêts impliquant une situation de gestation pour autrui à l'étranger, les débats se sont concentrés sur la procédure de transcription, dans les registres de l'état civil français, de la situation familiale telle qu'elle résulte du processus de parenté mené à l'étranger (1). Le notaire devra également s'emparer de l'enjeu juridique qui est lié mais qui s'en distingue : l'établissement du lien de filiation dans l'ordre juridique interne français (2).

## 1. La transcription à l'état civil

5 - Le Code civil français énonce le principe de transcription des actes d'état civil étrangers dans les termes suivants : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.* » (C. civ., art. 47).

6 - Pour la jurisprudence, la notion de réalité est une réalité purement matérielle, ainsi :

– pour la parenté maternelle, la réalité s'entend nécessairement de la femme qui a accouché. Si l'extrait d'acte de naissance étranger mentionne une personne tierce qui n'a pas accouché, la transcription sera écartée même si le document a été valablement établi en droit local, c'est-à-dire si ce droit permet de faire mention dans les documents d'état civil, de la réalité « juridique » que constitue la maternité d'intention<sup>4</sup>. À l'inverse, dans l'hypothèse où les actes d'état civil étranger font mention de la femme qui a accouché, même si l'enfant ne provient pas de ses ovocytes, elle sera transcrite dans les registres français en qualité de mère ;

– pour la parenté paternelle, l'identité du père de l'enfant tel qu'il apparaît sur les documents d'état civil étranger sera

2. Pour la première partie de ce cas pratique, V. *La parenthèse britannique. Le mariage, l'adoption, le divorce* : RFP 2019, étude 9. – Pour la deuxième partie, V. *La transmission* : RFP 2019, étude 14. – Pour la troisième partie, V. *De nouveaux horizons (Italie, Royaume-Uni, Belgique)* : RFP 2019, étude 21.

3. V. deuxième partie du cas pratique, *La famille dans tous ses États – Deuxième partie* : RFP 2019, étude 14.

4. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 nov. 2017, n° 16-50.061. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, dans son avis en date du 10 avril 2019 (CEDH, gr. ch., avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001), que l'intérêt supérieur de l'enfant n'impose pas aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale, même lorsque la mère d'intention est la mère biologique de l'enfant.

retranscrite à l'état civil français. Pour obtenir la transcription, le « père » n'aura pas à fournir une expertise biologique confirmant la réalité biologique de sa paternité. La situation devient plus complexe lorsque les deux parents figurant sur l'acte d'état civil sont de sexe masculin, puisque la réalité de l'acte au sens français ne peut conduire à inscrire deux hommes en tant que pères. Dans cette situation, il est envisageable de fournir les éléments procéduraux attestant de la paternité biologique de l'un d'eux, les autorités françaises ne pouvant pas dans un tel cas refuser la transcription du père biologique<sup>5</sup>.

7 - Tout comme en droit interne, la mention figurant à l'état civil est donc basée sur la vraisemblance de la situation telle qu'elle résulte de la force probante de l'acte établi à l'étranger en ce qu'il relate une situation factuelle établie à l'étranger.

Elle n'a pas pour effet de reconnaître, dans l'ordre juridique interne français, le lien de filiation entre les personnes mentionnées dans l'acte d'état civil. Cette transcription n'est que facultative et ne constitue pas, au demeurant, un préalable nécessaire à cette reconnaissance.

8 - Ainsi, dans la situation de Monsieur de Gand et de Monsieur Sky :

- si l'identité de la mère porteuse apparaît dans l'extrait d'acte de naissance, elle sera mentionnée en qualité de mère à l'état civil français ;

- si Monsieur de Gand apparaît comme père ou géniteur dans l'acte de naissance américain, celui-ci sera retranscrit comme tel à l'état civil français.

Il convient alors de conforter l'établissement du lien de filiation dans l'ordre juridique interne français.

## 2. L'établissement du lien de filiation en France

### A. - Une question de méthode...

9 - Du point de vue du droit international privé, l'accueil de la situation établie à l'étranger aurait pu être apprécié au regard de la méthode de la reconnaissance des situations.

Cette méthode, théorisée par le professeur Paul Lagarde<sup>6</sup> a vocation à s'appliquer aux situations valablement créées à l'étranger en application du droit étranger. La situation « cristallisée<sup>7</sup> » à l'étranger, qui a fondé les prévisions des parties, doit par principe être reconnue dans les autres pays selon des conditions déterminées par l'État d'accueil.

10 - Dans le cadre des procédures de GPA, la filiation résulte dans certains pays d'un jugement aux termes duquel le lien de

filiation à l'égard des parents d'intention est substitué à la parentalité de la mère porteuse. Dans ces hypothèses, la jurisprudence aurait pu reconnaître la situation telle qu'elle résulte du jugement étranger. Ainsi, en présence d'un jugement, une action en *exequatur* pourra être intentée<sup>8</sup>, mais la filiation issue d'une GPA peut également résulter des effets attachés par la loi locale au contrat de GPA.

11 - Ce n'est pas dans la voie de la reconnaissance que s'est prononcée à ce stade la Cour de cassation pour appréhender la GPA. Elle y préfère la méthode des conflits de lois.

Il conviendra dès lors d'établir le lien de filiation en application des règles de droit interne françaises (entendu comme les règles tant de droit international privé que de droit substantiel), au regard des éléments factuels et matériels résultant de la situation étrangère. Certains auteurs ont ainsi parlé de « reconstruction<sup>9</sup> » du lien de filiation. Monsieur de Gand pourra ainsi ouvrir une procédure « parallèle » en France à l'effet de voir reconnaître sa qualité de père de Fiorella, pourtant valide en droit américain.

### B. - La reconstruction du lien de filiation

12 - Deux situations devront être distinguées :

- si Monsieur de Gand est le géniteur de l'enfant, sa parenté pourra être établie par la reconnaissance de paternité (1°) ;

- si Monsieur de Gand n'est pas le géniteur de l'enfant, elle pourra être établie par l'adoption (2°).

#### 1° La reconnaissance de paternité

13 - Le droit français édicte une règle de conflit particulière en matière de reconnaissance<sup>10</sup> qui est valable « si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant » (C. civ., art. 311-17).

S'il est le géniteur de l'enfant, Monsieur de Gand pourra ainsi reconnaître l'enfant en application du droit français.

Les données contenues dans l'acte de naissance étranger pourront permettre de tirer des conséquences juridiques en France. Ainsi, dans le cas de la transcription de l'acte de naissance étranger, il est admis que la signature de l'acte étranger par le parent peut équivaloir à une reconnaissance et il incombe au juge de rechercher si la mention du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant vaut reconnaissance<sup>11</sup>.

Monsieur de Gand pourra également reconnaître Fiorella auprès de l'état civil français.

5. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson et Labassée c/ France*.

6. P. Lagarde, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014 (Volume 371)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law : The Hague Academy of International Law*.

7. Expression empruntée à P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mél. en l'honneur de P. Lagarde : Dalloz, 2005. - P. Mayer, *La reconnaissance : notions et méthodes*, in P. Lagarde, *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé* : Pedone, 2013, p. 27.

8. L'*exequatur* a pour objet de pouvoir actionner, sur le territoire français, des mesures d'exécution forcée sur les biens d'un débiteur ou des mesures de coercition sur les personnes. Ainsi, l'*exequatur* n'est pas requis pour obtenir la reconnaissance de l'état des personnes. Il semblerait néanmoins possible d'intenter une action en *exequatur* « à toute fins utiles » dont l'objet est de rendre opposable une situation dans l'ordre juridique interne (sur ce point, M. Farge, *Quid de l'exequatur de la filiation établie à l'étranger des enfants issus de GPA ?* : *AJ fam.* 2018, p. 582).

9. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH* : *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 et s.

10. Règle de conflit alternative qui favorise la reconnaissance tant de la filiation que de la situation créée à l'étranger...

11. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 14 avr. 2010, n° 09-14.335, n° 09-14.335 : *JurisData* n° 2010-003984 ; *Dr. famille* 2010, comm. 137, note M. Farge.

Si Monsieur de Gand n'est pas le père biologique, tout comme en droit interne, la reconnaissance pourra être ultérieurement contestée.

En l'état actuel du droit français, la filiation à l'égard du second parent homosexuel ne peut être établie ni par la reconnaissance par l'autre époux, ni par la possession d'état<sup>12</sup>. Seule la voie de l'adoption pourrait donc lui être ouverte.

## 2° L'adoption

14 - En droit français, la loi applicable aux conditions de l'adoption est la loi nationale de l'adoptant (*C. civ.*, art. 370-3).

Le lien de filiation créé par l'adoption par Monsieur de Gand sera donc soumis à la loi française ou la loi belge.

Dans un arrêt en date du 5 juillet 2017<sup>13</sup>, la Cour de cassation a établi le principe selon lequel : « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation ».

La voie de l'adoption est donc ouverte, l'arrêt ne distinguant pas selon la forme, simple ou plénière, que peut revêtir cette adoption. Il faut en déduire que la Cour de cassation n'interdit pas l'adoption dans le cadre d'une GPA, si les conditions du droit français sont réunies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Il ne fait pas de doute que l'adoption plénière est plus respectueuse du projet parental résultant de la GPA, à plus forte raison lorsque la mère porteuse n'est pas la génitrice de l'enfant, en ce qu'elle rompt le lien de filiation à son égard.

15 - La cour d'appel de Paris s'est prononcée à deux reprises sur l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dans l'une des affaires pour refuser son prononcé, et dans l'autre pour l'accorder.

Dans un arrêt en date du 18 septembre 2018, il s'agissait d'une GPA poursuivie en Ontario (Canada). Le père biologique avait reconnu les enfants en France (des jumelles), puis son conjoint avait déposé une requête en adoption plénière des enfants. L'identité de la mère porteuse n'apparaissait pas dans les documents d'état civil étrangers. La cour a constaté que les conditions de l'adoption plénière étaient réunies :

– l'existence du consentement du parent à l'égard duquel la filiation est établie, c'est-à-dire le père qui a reconnu les enfants ;

– et la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant, après avoir constaté les qualités éducatives du père d'intention.

Dans cette affaire, le consentement de la mère porteuse à l'adoption plénière en France n'avait pas été obtenu.

Néanmoins, la cour prend soin de relever que la procédure canadienne permettait de constater, au vu de tests génétiques réalisés, que la mère porteuse n'était pas la mère biologique des enfants et qu'aux termes de la procédure canadienne, elle avait

cédé ses droits parentaux à la filiation aux parents de substitution.

Nous rappellerons que le droit français ajoute à la règle de conflit une règle matérielle aux termes de laquelle : « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant.* » (*C. civ.*, art. 370-3, al. 3).

En outre, l'article 348 du Code civil exige le consentement des deux parents lorsque la filiation est établie à l'égard de chacun d'eux.

En l'espèce, la cour a considéré implicitement qu'il n'existe pas de lien de filiation entre la mère porteuse et l'enfant en application de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (*C. civ.*, art. 311-14).

Dès lors, l'adoption plénière était possible et le consentement à l'adoption de la mère porteuse n'était pas requis.

16 - À l'inverse, dans un arrêt en date du 30 janvier 2018, la cour d'appel de Paris a refusé l'adoption dans le cadre d'une GPA en Inde. La différence entre les deux affaires semble porter sur le rôle de la mère porteuse dans le contrat de GPA. Dans l'arrêt « indien », il semblait exister un doute sur l'identité de la génitrice, et la procédure réalisée en Inde ne permettait pas d'établir avec certitude que la mère porteuse avait renoncé à tout lien de filiation avec l'enfant.

17 - Il reviendra à la Cour de cassation ou au législateur de poser les principes de l'adoption plénière dans le cadre d'une GPA réalisée à l'étranger ainsi que les vérifications à opérer sur le consentement de la mère porteuse.

Ainsi, pour Monsieur de Gand :

– dans l'hypothèse où il n'est pas fait mention de l'identité de la femme ayant accouché dans l'acte de naissance étranger, seul le consentement du parent à l'égard duquel la filiation est légalement établie (Monsieur Sky qui a reconnu l'enfant) devra être recueilli pour le prononcé de l'adoption plénière. Il conviendra de rapporter la preuve par l'étude du droit substantiel étranger qu'aucun lien de filiation n'est établi à l'égard de la mère porteuse en application du droit américain, droit applicable à la filiation en l'espèce et de l'absence de contestation possible en droit interne américain ;

– si l'identité de la mère porteuse apparaît dans l'acte de naissance ou que le lien de filiation est établi en vertu du droit américain, ou français dans l'hypothèse d'une reconnaissance par la mère porteuse, l'adoption simple pourra être envisagée et il conviendra d'obtenir le consentement de la mère porteuse ;

– dans l'hypothèse où seuls les deux pères apparaissent sur l'extrait d'acte de naissance, la filiation pourra être reconstituée de la même manière à l'égard des pères par la reconnaissance de l'un suivie de l'adoption.

Enfin, rappelons également que si la filiation américaine résulte d'un jugement américain, une action en exequatur « à

12. L'article 6.1 du Code civil dispose que : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I<sup>er</sup> du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe.* »

13. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 17 juill. 2017, n° 16-16.455 : *JurisData* n° 2017-013095.

toutes fins utiles » du jugement pourrait également être introduite en France.

## SCÈNE 3 : Ma nouvelle famille avant tout

### Suite du cas pratique :

Les enfants de la première union de Monsieur de Gand n'acceptent que difficilement la nouvelle vie de leur père et celui-ci réalise qu'il sera difficile pour Monsieur Sky et Fiorella de conserver un train de vie confortable toute leur vie compte tenu des faibles revenus de Monsieur Sky.

Sur les conseils de son avocat américain consulté à la demande de Monsieur Sky, il envisage donc de mettre en place un *trust* pour leur assurer la transmission de son patrimoine.

18 - Dans la pratique anglo-saxonne, le *trust* est un instrument incontournable de planification successorale. Cet outil présente en effet certains atouts et permet, par sa souplesse, de répondre à de nombreuses problématiques.

Le *trust* est ainsi utilisé pour encadrer la gestion des actifs des enfants mineurs, pour organiser la transmission de son patrimoine sur une ou plusieurs générations, ou encore pour attribuer à un ou plusieurs bénéficiaires les revenus d'un bien et à d'autres le capital à terme. Par ailleurs, la mise en place d'un *trust* permet d'écarter la procédure successorale de *probate*, procédure à la fois judiciaire et fiscale qui peut s'avérer longue et coûteuse.

19 - Dans la situation de Monsieur de Gand, celui-ci pourrait mettre en place un *trust* dans lequel il placerait tout ou partie de ses biens. Aux termes de ce *trust*, il désignerait comme seuls bénéficiaires Monsieur Sky et leur fille Fiorella.

*A priori*, l'objectif de Monsieur de Gand serait ainsi atteint : protéger au maximum son époux et leur fille commune en leur attribuant la majeure partie de son patrimoine. Pour autant, se pose la question de la situation de ses enfants issus d'une précédente union et des actions qu'ils pourraient, le cas échéant, engager pour contester l'opposabilité et les effets de ce *trust* à leur égard.

Rappelons en effet qu'aux termes de ses précédentes péripéties, Monsieur de Gand avait procédé à un choix de loi applicable à sa succession en faveur du droit français<sup>14</sup>. Il convient dès lors de vérifier les modalités de prise en compte de cette transmission réalisée par le biais du *trust* dans le cadre de sa succession soumise au droit français (1). Il conviendra également d'évoquer les conséquences fiscales d'une telle transmission (2).

## 3. Aspects civils du trust

### A. - Définition du trust

20 - Si l'on s'en tient à la définition donnée par la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au

*trust* et à sa reconnaissance, le terme *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 »<sup>15</sup>.

Le *trust* implique donc généralement au moins trois parties :

- le constituant (*grantor*, *settlor*, ou encore *trustor*) ;
- le *trustee* à qui les actifs sont transférés pour être gérés dans un objectif déterminé ;
- et le bénéficiaire, en faveur de qui le *trust* est constitué.

Le *trust* peut présenter diverses caractéristiques dont les principales sont les suivantes :

- le *trust* peut être révocable ou irrévocable ;
- il peut être consenti *inter vivos* ou à cause de mort (*trust* testamentaire) ;
- les parts revenant aux bénéficiaires peuvent être clairement identifiées ou à l'inverse laissées à l'appréciation du *trustee* (*trust* discrétionnaire).

### B. - Reconnaissance du trust

21 - Le *trust* est une institution inconnue dans l'ordre juridique interne français : se pose donc la question de l'appréhension en droit français de ce mécanisme.

#### 1<sup>o</sup> Tentative d'assimilation à des mécanismes de droit français

22 - Par certains de ses aspects, le *trust* pourrait se rapprocher de différents mécanismes connus du droit français :

- en tant qu'il confère à un tiers la gestion et l'administration des biens du *trust*, il pourrait s'apparenter à un mandat. Mais à la différence du mandataire, le *trustee* devient propriétaire des actifs du *trust* (il en a la *legal ownership*) ;
- par d'autres aspects, il pourrait s'apparenter à un démembrement du droit de propriété par lequel le bénéficiaire serait détenteur d'un droit d'usufruit (droit aux revenus du *trust*). Mais là encore de profondes différences apparaissent puisque le bénéficiaire n'a en réalité aucun droit réel sur les actifs du *trust* (il n'en a qu'un *beneficial ownership*) ;

– lorsqu'il est établi de manière irrévocable au profit de bénéficiaires autres que le constituant, le *trust* pourrait également être assimilé à une donation. Pour autant, la constitution d'un *trust* découle de la décision unilatérale du constituant et ne suppose aucune acceptation de la part du bénéficiaire, ce qui est pourtant une condition nécessaire d'une donation du point de vue français ;

– par d'autres aspects encore, le *trust* pourrait se rapprocher d'une substitution fidéicommissaire ou d'une désignation d'un exécuteur testamentaire.

23 - Par ailleurs, le législateur a introduit en 2007 la loi sur la fiducie. Cette institution est « l'opération par laquelle un constituant transfère des biens, des droits ou des sûretés à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine

14. V. deuxième partie du cas pratique, *La famille dans tous ses États – Deuxième partie* : RFP 2019, étude 14.

15. Conv. la Haye, 1<sup>er</sup> juill. 1985, art. 2.

propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (C. civ., art. 2011).

Cependant, afin d'écartier un risque de contournement de la fiscalité successorale, le législateur français a prohibé toute possibilité de réaliser une libéralité par le biais d'une fiducie.

24 - En réalité, il ressort de l'étude comparée du *trust* (ou plutôt de la multitude de *trusts*) que ses caractéristiques sont tellement éloignées des conceptions du droit civil français et ses utilisations tellement diverses, que l'assimilation à une figure de droit interne ne peut aboutir. Le *trust* doit donc être appréhendé pour ce qu'il est : une institution juridique étrangère inqualifiable en droit français.

Mais cette question de l'assimilation par analogie à un mécanisme de droit français n'a en fait aucun impact sur la validité d'un *trust* étranger, qui ne fait aucun doute dès lors que celui-ci a été valablement constitué en application du droit étranger<sup>16</sup>.

## 2° Reconnaissance des *trusts* valablement constitués à l'étranger

25 - Le *trust* étant une institution étrangère inconnue en droit interne français, aucun *trust* ne peut être créé en application de ce droit.

Cependant, les juridictions et les praticiens ont depuis longtemps développé des techniques juridiques pour intégrer le *trust* dans notre ordre juridique interne et s'intéresser à la reconnaissance des effets d'un *trust* valablement constitué à l'étranger.

Dans un arrêt du 29 mai 1996<sup>17</sup>, la Cour de cassation a ainsi établi, s'agissant d'un *trust* constitué aux États-Unis que « les parties ne contestaient (pas) la régularité (de ce *trust*) au regard du droit américain ». C'était donc admettre indirectement que les conditions de validité d'un *trust* ne doivent pas être appréciées au regard du droit français mais en fonction de la loi selon la loi duquel le *trust* a été constitué.

26 - Aux termes de cet arrêt, la Cour constate que le *trust* réalise une libéralité indirecte (une « donation indirecte » selon les termes de l'arrêt) et qu'il y avait lieu de tirer toutes les conséquences en France de cette qualification.

Autrement dit, s'il n'est pas possible d'en constituer en France, un *trust* valablement constitué à l'étranger sera reconnu en France et pourra y produire certains effets.

En conséquence, dans l'hypothèse où Monsieur de Gand décidait de constituer un *trust* au profit de son époux et de sa fille, les effets de ce *trust* seraient reconnus en France pour autant que celui-ci ait été valablement constitué au regard du droit américain.

Mais l'objectif poursuivi par Monsieur de Gand, à savoir la transmission exclusive ou quasi exclusive de son patrimoine à son époux et sa fille Fiorella, pourrait se trouver contrarié par les règles applicables à sa succession.

## C. - *Trust* et réserve héréditaire

27 - En effet, si les effets d'un *trust* valablement constitué à l'étranger doivent être reconnus en France, il convient de s'interroger sur l'interaction de la loi successorale.

Dans la mesure où la succession de Monsieur de Gand sera régie par la loi française compte tenu de la *professio juris* réalisée aux termes de son testament, il sera nécessaire d'intégrer ce *trust*, support d'une libéralité indirecte, dans le cadre du règlement global de la succession. La question est ici de savoir si ce *trust*, régi par le droit américain, pourrait porter atteinte aux droits réservataires de ses enfants issus de sa précédente union.

Nous savons en effet que la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international<sup>18</sup> : dès lors, une loi étrangère désignée par la règle de conflit et ignorant la réserve héréditaire pourra s'appliquer en France.

28 - Mais la question est ici différente : en l'espèce, la loi française est bien applicable à la succession et seul le *trust* est régi par la loi étrangère.

Or, l'article 23.2.h. du règlement Successions<sup>19</sup> dispose que la loi successorale régit notamment « la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers ».

Il en ressort que le *trust* devra, en tant que réalisant une libéralité indirecte, être intégré dans la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve. L'existence de ce *trust* ne manquera pas de soulever des difficultés liquidatives.

Dans l'hypothèse où le *trust* ne précise pas expressément les parts de chacun de Monsieur Sky et de Fiorella sur les actifs (*trust* discrétionnaire), comment dès lors imputer lesdits actifs (sur la part de Fiorella ? sur la quotité disponible ?) ?

Par ailleurs, il conviendra de qualifier la libéralité ainsi réalisée : s'agit-il d'une donation ou d'un legs ? Est-elle consentie en avance de part successorale ou hors part successorale ?

29 - Il apparaît donc que la structuration envisagée par Monsieur de Gand est génératrice de contentieux et pourrait conduire à un blocage des actifs de sa succession, qui laisserait sa fille Fiorella et son époux dans une situation particulièrement précaire.

L'actualité juridico-médiatique récente a mis en lumière les risques d'une structuration écartant complètement les enfants de premier lit en présence d'un défunt de nationalité française et installé aux États-Unis.

Nous recommanderons donc à Monsieur de Gand de revoir ses ambitions et d'organiser sa succession dans le respect des règles de réserve héréditaire française. À cet égard, nous rap-

16. Le fait que la France n'ait pas ratifié la convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 n'est pas déterminant à cet égard.

17. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 1996.

18. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 : *JurisData* n° 2017-018698 ; RFP 2018, comm. 2, note G. Michaux et P. Bonduelle ; JCP N 2017, n° 45, 1305, note É. Fongaro. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : *JurisData* n° 2017-018703 ; RFP 2018, comm. 2, note G. Michaux et P. Bonduelle.

19. PE et Cons. UE, règl., 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

pellérons que le droit français permet d'avantager substantiellement le conjoint, même en présence d'enfants de premier lit.

Le conjoint peut en effet être alloti :

- de la quotité disponible ordinaire ;
- ou de la totalité de la succession en usufruit ;
- ou encore du quart de la succession en pleine propriété et des trois autres quarts en usufruit.

## 4. Aspects fiscaux du trust<sup>20</sup>

30 - Les règles fiscales applicables aux trusts ont été établies par la loi de finances rectificative pour 2011 et se trouvent désormais codifiées à l'article 792-0 bis du CGI.

### A. - Règles de territorialité de la fiscalité successorale du trust

31 - Rappelons tout d'abord que les règles territoriales d'imposition des transmissions réalisées par voie de trust sont identiques à celles des droits de mutation à titre gratuit.

Ainsi, une transmission par voie de trust est imposable en France dès lors que l'un au moins des trois critères définis à l'article 750 ter du CGI est rempli, c'est-à-dire :

- si le constituant a son domicile fiscal en France ;
- si les actifs transmis par voie de trust sont des actifs français ;
- ou si le bénéficiaire est résident fiscal français et a eu son domicile fiscal en France pendant au moins 6 années au cours des 10 dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens.

Par ailleurs, la fiscalité dérogatoire prévue à l'article 792-0 bis du CGI relève des droits de mutation à titre gratuit. Dès lors, cette imposition est couverte par les conventions fiscales en vue d'éviter les doubles impositions en matière de donation et/ou de succession.

### B. - Régime d'imposition spécifique au trust

32 - L'article 792-0 bis du CGI définit le trust comme « l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objet déterminé ». Cette définition large permet d'appréhender tous les types de trusts.

Le régime fiscal mis en place distingue plusieurs catégories de trusts.

#### 1° Trust assimilable à une donation ou une succession

33 - En premier lieu, les transmissions par voie de trust qui « peuvent être qualifiées de donation ou de succession » sont regardées de façon transparente : l'imposition se fait donc en fonction du lien de parenté applicable entre le settlor et le ou les bénéficiaires et suivant les règles générales applicables aux droits de mutation à titre gratuit.

#### 2° Autres trusts

34 - Dans les autres cas, la transmission par voie de trust fait l'objet d'une fiscalité *sui generis* assez complexe qui nécessite de déterminer si chaque bénéficiaire et la part qu'il reçoit sont précisément identifiés. La taxation s'effectue alors soit au tarif classique (bénéficiaires et parts identifiés), soit au taux marginal applicable en fonction du lien de parenté (bénéficiaires-descendants identifiés mais parts indéterminées) soit au taux applicable entre étrangers (autres cas).

Par ailleurs, pour les trusts ne pouvant être qualifiés ni de donation ni de succession et constitués à compter du 11 mai 2011 par un constituant fiscalement domicilié en France lors de la constitution, l'imposition se fait au taux applicable entre non-parents (60 %) quel que soit le lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire.

Enfin, pour les trusts administrés depuis un État ou territoire non coopératif (ETNC) au sens de l'article 238-0 A du CGI, l'imposition a lieu au taux de 60 %.

### C. - Application à la situation de Monsieur de Gand

35 - Compte tenu du fait que Monsieur de Gand souhaite protéger son époux et leur fille en cas de décès, son avocat lui recommande la mise en place d'un trust testamentaire. De manière classique, ce trust prévoirait que Monsieur Sky disposerait des revenus du trust sa vie durant et que le capital serait distribuable, à la discrétion du trustee, au profit de Monsieur Sky et/ou de Fiorella, afin d'assurer leur train de vie. Au décès de Monsieur Sky, le trust serait dénoué au profit exclusif de Fiorella.

Dans cette hypothèse, il est probable que cette transmission entre dans la catégorie des « autres trusts », dans la mesure où l'assimilation à une donation ou succession semble écartée et que la part de chacun des bénéficiaires n'est pas clairement identifiée (trust discrétionnaire). La transmission serait alors imposable en France au taux de 60 %.

36 - Cependant, le champ de cette imposition pourra être limité à double titre.

Tout d'abord, cette imposition sera limitée aux actifs français transmis via ce trust puisqu'il s'agirait d'une transmission entre un non-résident de France (Monsieur de Gand) à des non-résidents (Monsieur Sky et Fiorella).

De plus, seuls certains de ces actifs français seraient effectivement imposables compte tenu des dispositions de la convention fiscale franco-américaine. Ainsi, la France serait en droit d'imposer les biens immobiliers français<sup>21</sup>, les biens (autres que les navires et aéronefs exploités en trafic international ainsi que les biens mobiliers affectés à leur exploitation) servant, ou détenus pour servir, dans l'exercice de l'activité d'un établissement stable<sup>22</sup> et les biens mobiliers corporels, autres que le numéraire<sup>23</sup>. Tous les autres biens, y compris les actions ou parts de capital d'une société ne seraient imposables qu'aux États-Unis.

21. art. 5.

22. art. 6.

23. art. 7.

20. Les aspects déclaratifs du trust ne seront pas traités dans le cadre de la présente contribution.

37 - Ainsi, si Monsieur de Gand souhaitait structurer la transmission de son patrimoine à son nouvel époux et à sa fille Fiorella par la voie d'un *trust*, notamment compte tenu des avantages que cela pourrait lui procurer du point de vue américain, nous lui recommanderons d'une part de respecter les droits réservataires de ses enfants de premier lit, et d'autre part de prêter attention aux conséquences civiles et fiscales françaises de cette structuration.

Il sera notamment recommandé d'écarter du champ de ce *trust* les biens immobiliers français, tant en raison des difficultés pratiques de transfert de propriété que du risque d'imposition au taux de 60 %. Sur les autres actifs, et notamment les titres de sociétés, les termes du *trust* pourront être adaptés afin de se rapprocher de mécanismes français proches (tel que la désignation d'un tiers administrateur, ou d'un mandataire

---

Aspects fiscaux du trust (prévoir une note de bas de page qui indiquerait : "les aspects déclaratifs du trust ne seront pas traités dans le cadre de la présente contribution")

posthume) : cela facilitera ainsi l'implémentation en France de ce *trust*.

## Conclusion

38 - Nous sommes arrivés au bout des péripéties de Monsieur de Gand... du moins pour le moment.

Mais rassurez-vous, les Rencontres internationales reviennent ! Nous vous donnons rendez-vous le 18 octobre 2019 au Salon de l'Hôtel des Arts et Métiers à Paris.

Vous y retrouverez ce qui a fait le succès de nos précédentes éditions : une journée avec des praticiens, marquée par la qualité des débats et la convivialité des échanges. Nous recevrons avec plaisir des professionnels reconnus de l'*estate planning* en Suisse, en Belgique, au Royaume-Uni et bien sûr en France, pour traiter de la protection du conjoint et des actifs familiaux, ainsi que de l'organisation de la transmission sur plusieurs générations dans un contexte international.■

L'équipe Althémis



De gauche à droite

Coralie BAYSSIÈRE, Stéphanie BOHUON, Pascale SANSÉAU, Yann MOREAU-COTTEN, Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Bertrand SAVOURÉ, Marie DEGOUT et Dorine ROUILLON