



Registre public des trusts : un fichier censuré

Alors que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales s'est amplifiée depuis la fin des années 2000 et qu'elle s'intègre dans une quête plus large de transparence financière et de lutte contre les paradis fiscaux, le sort que vient de connaître le « registre public des trusts » est symptomatique de cette évolution.

■ **Michael Khayat** / avocat associé et **Stanislas Pannetier** / avocat / Arkwood SCP

Ce registre constituait un instrument juridique d'un genre nouveau dans le paysage de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : en imposant une divulgation de son contenu auprès du public, il revendiquait une recherche de transparence sans concession. Dans une décision en date du 21 octobre 2016, le Conseil constitutionnel a censuré l'intégralité de ce dispositif, bien que seul le caractère public de ce fichier était contesté sur le fondement du droit au respect de la vie privée.

Au-delà de la suppression du registre lui-même, cette décision confirme les limites dans lesquelles doivent s'inscrire les mesures de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, sans fermer la porte à l'objectif de transparence qui avait animé le législateur lors de l'adoption des dispositions attaquées.

Le trust, cet inconnu mal-aimé

L'origine du trust remonterait aux croisades, afin d'encadrer la pratique des croisés anglais qui confiaient leur patrimoine à une personne de confiance durant leurs campagnes militaires. Cette personne, investie de toute la confiance du croisé, avait pour mission de détenir, administrer et éventuellement transmettre les biens qui lui étaient ainsi confiés, pour le compte des personnes désignées par le chevalier croisé et dans le respect de ses

volontés. Ce faisant, le croisé s'assurait de la conservation de son patrimoine et du sort qui lui serait réservé dans l'hypothèse où il ne reviendrait pas de croisade : transmission aux héritiers, protection des proches, etc.

Le trust se conçoit donc comme un mécanisme juridique en vertu duquel un constituant (*settlor*) se dessaisit de la propriété de certains biens ou droits, de manière irrévocable ou non, au profit d'un administrateur ayant sa confiance (*trustee*), qui reçoit la propriété desdits biens ou droits ès-qualités, à charge pour lui de les administrer pour le compte des bénéficiaires désignés.

Ce qui fait la singularité du trust, c'est la distinction, dès que les biens ou droits sont mis en trust, entre la « *legal ownership* » détenue par le trustee et la « *economic ownership* » revenant aux bénéficiaires. Le trustee agissant ès-qualités, détient les biens ou droits mis en trust dans un patrimoine distinct de son patrimoine personnel (ils échappent donc à ses créanciers personnels par exemple), et supporte une responsabilité spécifique à raison de ses actions.

Un outil juridique aux fonctionnalités variées...

La grande liberté dont jouit le constituant dans la formulation de ses volontés et le fait qu'elles n'aient vocation à être révélées

à quiconque, pas même aux bénéficiaires, confèrent au trust une souplesse et une confidentialité remarquables.

Le trust est utilisé dans tous les pays de *common law* où il est à la fois un outil de gestion, de planification et de transmission patrimoniale, présentant une alternative de choix au testament en ce qu'il permet de remplir les mêmes objectifs tout en évitant la procédure transitoire dite de *probate*. Le droit anglo-saxon ignore en effet le principe civil selon lequel « *le mort saisit le vif* », et la succession du défunt requiert donc en principe la mise en œuvre d'une procédure spécifique et contraignante devant des juridictions spéciales statuant sur la répartition du patrimoine.

Dans une perspective de planification successorale, le recours au trust permet d'assurer la dévolution des actifs concernés avec une grande souplesse quant à la distribution des revenus et/ou des actifs du trust dans le temps.

A la différence de l'assurance vie, à laquelle ses effets pourraient être comparés par certains aspects, le trust peut survivre après le décès de son constituant, parfois sur plusieurs générations. Il permet donc, par exemple, d'assurer une couverture suffisante aux besoins d'un enfant handicapé après le décès de ses parents, ou encore de prévoir une distribution graduelle de revenus ou de fortune selon l'âge d'enfants, de petits-enfants ou

NOTES

(1) Conseil constitutionnel, QPC n°2016-591, Helen S., 21 octobre 2016.

(2) Article 14 de la loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

(3) Audition de François Baroin ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'Etat, lors de la présentation du projet de la première loi de finances rectificative pour 2011 le 11 mai 2011.

(4) Article 1649 AB du Code général des impôts.

de neveux/nièces.

En réalité, lorsqu'il est utilisé à des fins patrimoniales, ses termes recèlent les intentions testamentaires du constituant en identifiant les personnes amenées à bénéficier du patrimoine transféré à l'administrateur, parfois même à leur insu.

Mais les utilisations du trust vont bien au-delà de la seule sphère patrimoniale : outil de gestion des plans de pensions ou d'actionnariat salarié pour les entreprises, véhicule d'investissement (notamment immobilier) ou de garantie pour les opérations complexes, protection des personnes ou des actifs dans des régions du monde où leur sécurité est menacée (risque d'enlèvement pour obtenir une rançon, ou de confiscation par exemple)...

... qui peut aussi être utilisé à des fins de fraude

Il va de soi que la souplesse du trust, l'éclatement de la propriété qu'il opère, et la confidentialité inhérente à son concept en font un outil puissant dont le dévoiement, à des fins de fraude et d'évasion fiscales par exemple, peut être dévastateur.

Sans doute faut-il voir dans la vague de régularisation de comptes bancaires à l'étranger à partir du milieu des années 2000, l'origine d'une prise de conscience très orientée de la part des autorités françaises à propos de l'utilisation des trusts en matière fiscale, et de la nécessité d'en encadrer le traitement.

Une lutte contre la fraude happée par la transparence

Bien que la référence aux trusts dans le Code général des impôts remonte aux années 1930, l'introduction d'un véritable corps de règles déterminant de façon détaillée leur régime fiscal lorsqu'ils ont un lien avec la France date de la première loi de finances rectificative pour 2011⁽²⁾. Les discussions sur l'adoption de ce régime font clairement référence à l'utilisation des trusts pour dissimuler à l'administration fiscale la détention d'un patrimoine⁽³⁾. Cet ensemble de règles, particulièrement rigoureuses, encadre le traitement des trusts étrangers en matière de droits de

mutation à titre gratuit, d'impôt sur le revenu et d'ISF, lorsqu'ils sont liés à la France, en raison de l'existence de constituants, bénéficiaires ou administrateurs résidents fiscaux de France, ou par la détention directe ou indirecte de biens français.

Afin de permettre à l'administration fiscale de bénéficier de moyens efficaces de contrôler l'exigibilité de l'impôt dû à raison des actifs détenus en trust, des obligations déclaratives pesant sur les administrateurs de trusts ayant un lien avec la France⁽⁴⁾ ont été créées. Ces obligations déclaratives, à la fois annuelles et événementielles, consistent pour l'essentiel à forcer les administrateurs à révéler à l'administration fiscale l'identité des constituants, bénéficiaires et administrateurs de ces trusts lorsqu'ils sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la fiscalité française, et



Le registre des trusts avait vocation à être accessible à tous

de permettre à l'administration fiscale d'avoir connaissance de la composition des actifs de ces trusts, ainsi que de tout événement les affectant, susceptible d'être un fait générateur d'imposition en France (e.g. décès d'un bénéficiaire, constituant ou administrateur, mise en trust d'actifs ou distributions).

Le registre public des trusts a été créé par la loi de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁽⁵⁾, adoptée fin 2013, en réaction à l'affaire Cahuzac et, selon les termes de son exposé des motifs, afin « de permettre plus de transparence sur ces montages juridiques opaques par lesquels transite 80 %

de l'évasion fiscale au niveau mondial »⁽⁶⁾.

Presque trois ans après le vote du texte, l'affaire des « Panama Papers » a poussé le gouvernement à prendre les derniers actes réglementaires nécessaires à la mise en œuvre du registre public des trusts : le décret en Conseil d'Etat du 10 mai 2016⁽⁷⁾ et l'arrêté du 21 juin 2016⁽⁸⁾.

Le registre a donc pu être mis en ligne sur le site de l'administration fiscale le 4 juillet 2016, accessible depuis l'espace fiscal personnel de toute personne disposant d'un numéro d'identification fiscal en France.

Lutte contre la fraude ou transparence ?

L'intérêt d'un tel registre en matière de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales paraît évident, bien que son efficacité, s'il n'est alimenté que par les déclarations déposées spontanément par des contribuables qui se sont conformés à leurs obligations fiscales, soit discutable. Le caractère public du registre répondait, lui, à une recherche de transparence assumée par le législateur⁽⁹⁾ et saluée par des opérateurs associatifs engagés dans la recherche de transparence⁽¹⁰⁾.

C'est dans cet objectif revendiqué de recherche de transparence que réside la grande nouveauté : bien que des prémices aient pu être perçues de longue date (avec l'adoption de la publicité des rôles de l'impôt sur le revenu par exemple), c'est la première fois que les objectifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales d'une part, et de transparence d'autre part étaient aussi imbriqués dans les motivations d'une disposition législative.

A la différence de certains autres instruments, comme les fichiers des contrats d'assurance vie « Ficovie » ou des comptes bancaires « Ficoba », qui avaient pour seul objectif la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et dont l'accès était restreint à des personnes habilitées et apportant leur concours à cet objectif, le registre des trusts avait vocation à être accessible à tous.

Sans doute faut-il voir dans ce double objectif la consécration de la convergence entre les deux quêtes qui poursuivaient

(5) Article 11 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

(6) Amendement n°68 rectifié du député du Doubs Eric Alauzet, adopté lors de la première lecture du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière devant l'Assemblée nationale (projet adopté en première lecture le 25 juin 2013).

(7) Décret n°2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des trusts.

(8) Arrêté du 21 juin 2016 relatif aux conditions de d'accès et d'utilisation des informations contenues dans le registre public des trusts.

jusqu'à des trajectoires proches mais distinctes. Si la transparence financière, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont connu un intérêt croissant au fil des années 1990 ; c'est la résurgence de la lutte contre les paradis fiscaux à la fin des années 2000 qui a contribué à rapprocher, par la lutte contre l'évasion fiscale, la lutte contre la fraude fiscale et la recherche de transparence financière.

Quelle transparence ?

La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales viendrait donc se dissoudre dans la recherche plus large de transparence. Mais à qui incombe la responsabilité de cette recherche de transparence ? Et quelles en sont les limites au regard des libertés fondamentales ? Il est en effet légitime de s'interroger sur un registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale et qui compilerait des informations collectées par ses soins, dont l'accès serait ouvert au public sans aucune autre limite que d'avoir un compte personnel sur le site de l'administration fiscale...

La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, en ce qu'elle est désormais partie intégrante d'une recherche de transparence qui la dépasse, doit-elle incomber à la seule administration fiscale ou également à d'autres cercles d'intervenants ? Dans ce dernier cas doit-il s'agir d'intervenants qualifiés, démontrant une certaine expertise et assumant une responsabilité dans l'exercice de leurs fonctions ou peut-il s'agir de tout un chacun ?

Au-delà des réponses à ces questions, qui relèvent plus d'un choix de société et dépendent de l'appréciation sociale des éléments en cause, la question de la protection des libertés fondamentales se pose ! Où mettre la limite entre recherche de transparence et protection de la vie privée ?

Les libertés fondamentales en question

Dès son adoption, le registre public des trusts présentait une faiblesse de conception rédhitoire au regard de la jurispru-



La question de la protection des libertés fondamentales se pose

dence du Conseil constitutionnel en la matière : le législateur n'avait pas prévu, au sein même de la loi dont certaines dispositions portaient atteinte aux libertés fondamentales, les mesures permettant d'en garantir la protection.

Dans sa décision du 21 octobre 2016⁽⁹⁾, le Conseil constitutionnel considère l'intention du législateur d'assurer « *la transparence des trusts* » afin d'« *éviter leur utilisation à des fins d'évasion fiscale et de blanchiment de capitaux* » comme participant de la poursuite de l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Corrélativement, le Conseil constitutionnel reconnaît que la publicité du registre « *fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine* » et à ce titre constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée.

Le Conseil constitutionnel conclut que cette atteinte est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, et décide de censurer l'intégralité de la disposition législative ayant introduit le registre public des trusts au motif que « *le législateur qui n'a pas précisé la qualité et les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale* ».

C'est sans doute dans cet oubli du législateur au moment de l'adoption de la loi qu'il faut rechercher les raisons de la censure de l'ensemble du registre et non seulement de son caractère public.

Et maintenant ?

Si un nouveau registre était créé, il devrait nécessairement tenir compte de la position du Conseil constitutionnel et pourrait s'inspirer de fichiers existants. La question du cercle des personnes ayant accès à ce nouveau registre se posera avec, en arrière-plan, la question de la transparence. Le Conseil constitutionnel semble prendre acte de la jonction opérée par le législateur entre lutte contre la fraude fiscale et lutte contre le blanchiment de capitaux, dans une recherche plus large de transparence.

Par ailleurs, il est particulièrement intéressant de relever que la rédaction de la décision du Conseil constitutionnel ne restreint pas explicitement la qualité et les motifs justifiant la consultation du registre mais exige seulement qu'ils soient précisés ; et elle impose de prévoir une limite au cercle des personnes y ayant accès, sans indiquer la nature de cette limite.

Il n'est donc pas exclu qu'à l'avenir le législateur imagine des outils dont la finalité ne serait pas seulement la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, mais également la recherche de transparence financière, qui seraient accessibles à un cercle plus large que les seuls fonctionnaires traditionnellement impliqués dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

Nul doute en revanche que la recherche de transparence, en ce qu'elle englobe désormais la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, va renouveler les termes du débat sur la proportionnalité des mesures prises au regard de l'atteinte qu'elles portent nécessairement à certaines libertés fondamentales, au premier rang desquelles le droit au respect de la vie privée.

Le Conseil constitutionnel pourrait d'ailleurs avoir à se pencher très rapidement sur ces questions à propos de certaines mesures en faveur de la transparence dans la loi « Sapin 2 » adoptée le 8 novembre 2016⁽¹²⁾. ■

(9) Propos du député du Doubs Eric Alauzet lors du vote de l'amendement n°68 rectifié ayant introduit le registre public des trusts dans le projet de loi relative à la lutte contre la fraude et la grande délinquance économique et financière (compte rendu intégral de la 3^e séance du 20 juin 2013 lors de la première lecture devant l'Assemblée nationale).

(10) Par exemple article de CCFD Terre solidaire du 25 octobre 2016.

(11) Conseil constitutionnel, QPC n° 2016-591, Helen S., 21 octobre 2016.

(12) Notamment les dispositions sur les lanceurs d'alertes (articles 6A à 6G du texte) et les obligations déclaratives pour les grandes entreprises (article 137 du texte).