

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

ÉCOLE DE DROIT

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES

ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Le traitement fiscal des trusts au moment du décès du *settlor*, en Suisse, au Royaume-Uni, aux États-Unis et selon les CDI-US et CDI-UK

MÉMOIRE

présenté

par

Benjamin Mérot

sous la direction du

Professeur Yves Noël

Lausanne, le 27 janvier 2023

1.	INTRODUCTION	1
2.	LES TRUSTS.....	2
2.1.	BREF HISTORIQUE DU TRUST	2
2.2.	GÉNÉRALITÉS.....	2
2.3.	LES DIFFÉRENTS INTERVENANTS	3
2.3.1.	<i>Le settlor</i>	3
2.3.2.	<i>Le trustee</i>	3
2.3.3.	<i>Les bénéficiaires</i>	4
2.3.4.	<i>Le protector</i>	4
2.4.	LES DIFFÉRENTS TYPES DE TRUSTS.....	5
2.4.1.	<i>Les trusts fixes et discrétionnaires</i>	5
2.4.2.	<i>Les trusts révocables et irrévocables</i>	5
2.4.3.	<i>Les trusts inter vivos et les trusts testamentaires</i>	6
3.	APERÇU DU TRAITEMENT FISCAL DES TRUSTS EN SUISSE	6
3.1.	LES TRUSTS RÉVOCABLES.....	6
3.2.	LES TRUSTS IRRÉVOCABLES	6
3.2.1.	<i>Fixes</i>	7
3.2.2.	<i>Discrétionnaires</i>	7
3.2.2.1.	<i>Settlor domicilié en Suisse au moment de la constitution</i>	7
3.2.2.2.	<i>Settlor domicilié à l'étranger au moment de la constitution</i>	7
4.	SURVOL DE LA FISCALITÉ SUCCESSORALE VAUDOISE.....	7
4.1.	LE SYSTÈME GÉNÉRAL.....	7
4.2.	LES PERSONNES IMPOSÉES SELON LA DÉPENSE (ART. 14 LIFD)	8
5.	LE TRAITEMENT FISCAL DES TRUSTS AU DÉCÈS DU <i>SETTLOR</i> DANS LE CANTON DE VAUD	8
5.1.	LES TRUSTS TESTAMENTAIRES	8
5.2.	LES TRUSTS <i>INTER VIVOS</i>	8
5.2.1.	<i>Révocables</i>	8
5.2.2.	<i>Irrévocables</i>	9
5.2.2.1.	<i>Discrétionnaire</i>	9
5.2.2.2.	<i>Fixes</i>	9
6.	LE TRAITEMENT FISCAL DES TRUSTS AU DÉCÈS DU <i>SETTLOR</i> AU ROYAUME-UNI	9
6.1.	DÉFINITIONS	9
6.1.1.	<i>Inheritance tax</i>	10
6.1.2.	<i>Les types de trusts</i>	10
6.1.3.	<i>La notion de domicile</i>	10
6.1.3.1.	<i>De manière générale</i>	10
6.1.3.2.	<i>Deemed domicile</i>	11
6.1.4.	<i>Immediate post-death interest</i>	11
6.1.5.	<i>Qualifying interest in possession</i>	11

6.1.6.	<i>Excluded property</i>	12
6.1.7.	<i>Estate</i>	12
6.1.8.	<i>Relevant property</i>	13
6.1.9.	<i>Potentially exempt transfers</i>	13
6.1.10.	<i>Cumulative total</i>	13
6.1.11.	<i>Gifts with reservation</i>	13
6.2.	PRINCIPES GÉNÉRAUX DE L'INHERITANCE TAX	14
6.2.1.	<i>La règle de base</i>	14
6.2.2.	<i>Les taux</i>	14
6.2.3.	<i>La franchise</i>	14
6.2.4.	<i>Les transferts entre époux et civil partners</i>	15
6.2.5.	<i>Potentially exempt transfers</i>	15
6.2.6.	<i>Gifts with reservation</i>	15
6.3.	L'INHERITANCE TAX ET LES TRUSTS	16
6.3.1.	<i>Interest in possession settlements</i>	16
6.3.1.1.	<i>Trusts inter vivos</i>	16
6.3.1.2.	<i>Trusts testamentaires</i>	16
6.3.2.	<i>Les trusts discrétionnaires</i>	17
6.3.2.1.	<i>Généralités</i>	17
6.3.2.2.	<i>La ten-year charge</i>	17
6.3.2.3.	<i>L'exit charge</i>	18
7.	LE TRAITEMENT FISCAL DES TRUSTS AU DÉCÈS DU SETTLOR AUX ÉTATS-UNIS	19
7.1.	GÉNÉRALITÉS.....	19
7.2.	DÉFINITIONS	20
7.2.1.	<i>Estate tax, inheritance tax et gift tax</i>	20
7.2.2.	<i>Generation-skipping transfer tax</i>	20
7.2.3.	<i>Gross estate et taxable estate</i>	20
7.2.4.	<i>U.S. resident</i>	21
7.3.	FEDERAL ESTATE TAX	21
7.3.1.	<i>Généralités</i>	21
7.3.2.	<i>Les § 2036 à 2038 IRC et leur application aux trusts</i>	22
7.3.2.1.	<i>Le § 2036 IRC</i>	22
7.3.2.2.	<i>Le § 2037 IRC</i>	22
7.3.2.3.	<i>Le § 2038 IRC</i>	22
7.3.2.4.	<i>Les potentiels conflits</i>	23
7.3.2.5.	<i>Les trusts</i>	23
7.3.3.	<i>Déductions</i>	23
7.3.4.	<i>Les credits against tax</i>	24
7.3.5.	<i>Les trusts</i>	25

7.4.	FEDERAL GIFT TAX	25
7.4.1.	Généralités.....	25
7.4.2.	Exemptions et déductions.....	26
7.4.3.	Les trusts.....	26
7.5.	GENERATION-SKIPPING TRANSFER TAX	27
7.5.1.	Généralités.....	27
7.5.1.1.	Skip et non-skip persons	27
7.5.1.2.	Les trois catégories de transfert.....	28
7.5.2.	Le calcul de l'impôt.....	28
7.5.3.	Les contribuables.....	29
8.	INTRODUCTION AUX CDI	30
8.1.	GÉNÉRALITÉS.....	30
8.2.	LE MODÈLE OCDE	30
9.	LES PRINCIPAUX MÉCANISMES DES CDI-UK ET CDI-US.....	30
9.1.	LA CDI-UK.....	30
9.1.1.	Généralités.....	30
9.1.2.	L'art. 8 CDI-UK.....	31
9.1.2.1.	Les distinctions	31
9.1.2.2.	Les biens situés dans un État tiers.....	31
9.1.2.3.	Les biens situés dans un État contractant.....	31
9.2.	LA CDI-US	32
9.2.1.	Généralités.....	32
9.2.2.	L'art. 3 CDI-US.....	32
9.2.3.	L'art. 4 CDI-US.....	32
10.	LE TRAITEMENT FISCAL DES TRUSTS AU DÉCÈS DU SETTLOR SELON LES CDI-US ET CDI-UK	33
10.1.	SOUS L'ANGLE DE LA CDI-UK	33
10.2.	SOUS L'ANGLE DE LA CDI-US	34
11.	CONCLUSION.....	35

Table des abréviations

1976 Act	<i>Tax Reform Act of 1976</i> (États-Unis) du 4 octobre 1976
26 CFR	<i>Title 26 of the Code of Federal Regulations</i> (États-Unis) du 16 août 1954
AFC	administration fédérale des contributions
al.	alinéa
art.	article
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
BLV	base législative vaudoise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDI	Convention contre la double imposition
CDI-UK	Convention du 17 décembre 1993 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (RS 0.672.936.73)
CDI-US	Convention du 9 juillet 1951 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions dans le domaine des impôts sur la masse successorale et sur les parts héréditaires (RS 0.672.933.62)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
C.I.	<i>channel islands</i>
CLH Trust	Convention du 1 ^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, RS 0.221.371.
CM OCDE	Convention modèle de l'OCDE en matière d'impôts sur les successions et les donations
Co.	<i>company</i>
CSI	conférence suisse des impôts
DFJP	Département fédéral de justice et police
édit.	éditeur-s
EF	Expert focus
EWCA Civ	<i>England and Wales Court of Appeals (Civil Division)</i>

EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
EWHC Ch	<i>England and Wales High Court (Chancery Division)</i>
FA 1986	<i>Finance Act 1986</i> (Royaume-Uni) du 25 juillet 1986
FA 2005	<i>Finance Act 2005</i> (Royaume-Uni) du 7 avril 2005
FF	Feuille fédérale
IHTA 1984	<i>Inheritance Tax Act 1984</i> (Royaume-Uni) du 31 juillet 1984
IHTR 1987	<i>The Inheritance Tax (Double Charges Relief) Regulations 1987</i> (Royaume-Uni) du 22 juillet 1987
IRC	<i>Internal Revenue Code (26 U.S. Code)</i> (États-Unis) du 22 octobre 1986
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
ITA 2007	<i>Income Tax Act 2007</i> (Royaume-Uni) du 20 mars 2007
<i>Jersey L.R.</i>	<i>Jersey Law Reports</i>
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
let.	lettre
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11.)
LMSD	Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et les donations (BLV 648.11)
Ltd.	<i>limited</i>
MN	Minnesota
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	page
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RF	Revue fiscale
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier

<i>sec.</i>	<i>section-s</i>
SLA 1925	<i>Settled Land Act 1925</i> (Royaume-Uni) du 9 avril 1925
ss.	et suivant-e-s
TA 1925	<i>Trustee Act 1925</i> (Royaume-Uni) du 9 avril 1925
TA 2000	<i>Trustee Act 2000</i> (Royaume-Uni) du 23 novembre 2000
TLATA 1996	<i>Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996</i> (Royaume-Uni) du 24 juillet 1996
UKPC	<i>The Judicial Committee of the Privy Council Decisions</i>
<i>U.S.</i>	<i>United States</i>
vol.	volume

Bibliographie

- BAUEN, Marc/GANI, Raphaël, *La fiscalité internationale des États-Unis*, Zürich 2008.
- CHAMBERLAIN, Emma/WHITEHOUSE, Chris, *Trust Taxation and Estate Planning (4th Edition)*, London 2014.
- CINCELLI, Roman, *Der Common Law Trust*, Zürich 2018.
- CLARKE, Giles, *Offshore tax planning (17th Edition)*, London 2010 (dernière édition : 29th Edition, 2022).
- DANON, Robert, *L'imposition du "private express trust" Analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda*, ASA 76 p. 435 ss.
- FERRIER, Ian/HUTTON, Matthew, *Tolley's UK Taxation of Trusts (15th Edition)*, London 2005 (dernière édition : 30th Edition, 2022).
- FERRIER, Ian/SHERRING, Tony, *Tolley's UK Taxation of Trusts (3rd Edition)*, London 1993 (dernière édition : 30th Edition, 2022).
- GOLDING, Jon, *Tolley's Inheritance Tax 2006-07*, London 2006 (dernière édition : 2022).
- GRISEL, Guillaume, *Le trust en Suisse*, Genève 2020.
- GUILLAUME, Florence, *Trust, réserves héréditaires et immeubles*, PJA 2009, p. 33 ss.
- GUILLAUME, Pierre-Alain/STOYANOV, Kaloyan, *L'introduction du trust en droit suisse*, EF 4/22, p. 172 ss.
- IRS, *What's New – Estate and Gift Tax*, disponible sous <<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/whats-new-estate-and-gift-tax>> (consulté le 03.12.2022).
- KESSLER, James, *Taxation of non-residents and foreign domiciliaries: 2016-2017 (15th Edition)*, vol. 5, Oxford 2016. (dernière édition : 21st Edition, 2022).
- LANDOLF, Urs/GRAF, Thomas, *Der Trust im schweizerischen Steuerrecht*, ASA 63 p. 1 ss.
- LORD COLLINS OF MAPESBURY (édit.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (15th Edition)*, vol. 2, London 2012 (cité : COLLINS, p. 1) (dernière édition : 16th Edition, 2022).
- MCDANIEL, Paul R./AULT, Hugh J./REPETTI, James R., *Introduction to United States International Taxation (5th Edition)*, The Hague 2005 (dernière édition : 7th Edition, 2022).
- MCNULTY, John K./MCCOUCH, Grayson M.P., *Federal Estate and Gift Taxation: in a nutshell (6th Edition)*, St. Paul, MN 2003 (dernière édition : 9th Edition, 2019).
- OBERSON, Xavier, *Le traitement fiscal du trust en droit suisse. Les limites à l'application des principes généraux de la fiscalité*, ASA 76, p. 475 ss.
- STOYANOV Kaloyan, *La nouvelle convention entre la Suisse et le Royaume-Uni contre les doubles impositions des successions*, RF 50/1995, p. 359 ss.

STOYANOV, Kaloyan/GUILLAUME, Pierre-Alain, *La notion de « bénéficiaire effectif » dans l'échange international automatique de renseignements et sa réception en droit fiscal suisse*, RDAF 2021 II, p. 629 ss.

THÉVENOZ, Luc, *Propositions pour un trust suisse*, RSDA 2018, p. 99 ss.

WEBBER, Stephanie, *Taxation of Trusts and Estates*, Kingston upon Thames 2014 (dernière édition : 2016).

WENIGER, Olivier, *Les inventaires fiscaux*, Not@lex 2014, p. 51 ss.

Documents officiels et prises de position

CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, *Circulaire 30 de la CSI du 22 août 2007*, (cité : CSI 30, p. 1), disponible sous : <https://www.steuerkonferenz.ch/downloads/kreisschreiben/ks030_f.pdf>.

Message du Conseil fédéral du 23 février 1994 concernant une convention de double imposition sur les successions avec la Grande-Bretagne, FF 1994 II 456, disponible sous : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/2_464_456_428/fr>.

Procédure de consultation du 20 janvier 2022. DFJP. Introduction du trust (modification du code des obligations), FF 2022 132, disponible sous : <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/132/fr>>.

Prises de position des cantons, des partis politiques et des autres participants à la procédure de consultation, disponible sous : <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht/stgn-kantone-parteien-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-kantone-parteien-organisationen.pdf>>.

1. Introduction

Au cours de ces dernières années, les questions liées aux trusts ont pris une place de plus en plus grande en Suisse. Les trusts existent pourtant dans les pays de *common law* depuis bien longtemps, mais ce n'est qu'en 2007 que la CLH Trust¹ est entrée en vigueur pour la Suisse. Ce texte prévoit notamment une obligation de reconnaissance dans les pays signataires des trusts valablement constitués selon la loi choisie par le constituant.

Cette obligation donne lieu à un grand nombre de questions relatives au traitement des trusts dans les pays signataires qui ne connaissaient pas jusqu'alors cette institution. La Suisse n'a bien évidemment pas été épargnée, plusieurs domaines du droit ont en effet dû s'adapter à l'arrivée de ces nouveaux mécanismes. En droit fiscal, l'art. 19 CLH Trust précise que les États parties restent souverains. Il a donc fallu trouver un système satisfaisant pour imposer les trusts. Parallèlement à cela, le Conseil fédéral a récemment mis en consultation un avant-projet tendant à l'introduction d'un trust de droit suisse². La réception de ce texte n'a pas été bonne³, mais ces étapes sont représentatives des nombreux questionnements liés aux trusts et à leur traitement en Suisse.

Le but de ce travail est de se pencher sur le traitement fiscal des trusts au moment du décès du *settlor*⁴, tant sous l'angle des droits internes suisses, britanniques et américains que sous l'angle des conventions passées par la Suisse avec les États-Unis et le Royaume-Uni. Pour ce faire, nous allons dans un premier temps nous pencher sur la notion même de trust (2.) et sur le traitement fiscal qui leur est réservé en Suisse (3.). Nous allons ensuite brièvement survoler les grands principes de la fiscalité successorale vaudoise (4.) avant de nous plonger dans le traitement fiscal trusts au moment du décès du *settlor* selon le droit vaudois (5.). Une fois les aspects internes à la Suisse maîtrisés, nous analyserons la situation sous l'angle du droit britannique (6.) et du droit américain (7.). Ces trois volets internes achevés, nous nous pencherons ensuite sur les situations internationales, en commençant par une brève introduction générale aux conventions contre la double imposition (8.). Nous passerons ensuite en revue les principaux mécanismes d'application des CDI-UK⁵ et CDI-US⁶ (9.) avant d'examiner le traitement fiscal des trusts selon ces deux textes (10.) et de conclure (11.).

Nous partons du principe que le lecteur a des connaissances de base en droit suisse, en particulier en matière fiscale. Nous n'aborderons donc pas les grands principes de la fiscalité directe suisse dans le cadre de ce travail. Par ailleurs, la terminologie anglo-saxonne étant la plus utilisée en matière de trust, nous en ferons également usage ici. Enfin, les impôts successoraux n'étant pas harmonisés au niveau fédéral, nous n'examinerons que le droit vaudois.

¹ Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, RS 0.221.371.

² FF 2022 132.

³ Prises de position des cantons, des partis politiques et d'autres participants à la procédure de consultation.

⁴ Cf. *infra*, 2.3.1.

⁵ Convention du 17 décembre 1993 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions, RS 0.672.936.73.

⁶ Convention du 9 juillet 1951 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions dans le domaine des impôts sur la masse successorale et sur les parts héréditaires, RS 0.672.933.62.

2. Les trusts

2.1. Bref historique du trust

Le trust est né en Angleterre à l'époque des croisades. Les croisés ne pouvaient alors pas simplement transférer leurs biens à leur femme ou à leurs enfants⁷, il était donc coutumier de confier ces biens à une personne de confiance (*trustee*⁸), qui avait la charge de les administrer en faveur de la famille du croisé (bénéficiaires⁹). Pour que ce système soit viable, il fallait cependant que cette personne devienne propriétaire des biens, pour pouvoir faire valoir les droits y relatifs devant les tribunaux de *common law*, qui étaient à l'époque extrêmement stricts. Le souci était alors que ni le croisé (*settlor*) ni sa famille n'avaient de vrais droits pour exiger du trustee la bonne gestion du patrimoine confié ou même, une fois le croisé de retour, sa restitution¹⁰. Pour remédier à ce problème, les tribunaux d'*equity* ont établi un certain nombre de règles pour protéger le croisé et sa famille. Au fil du temps, des droits réels ont fini par être accordés au *settlor* et aux bénéficiaires¹¹.

Dans les pays de *common law* dans lesquels les trusts sont les plus fréquents, cette réglementation casuistique est toujours d'actualité. Il n'existe donc que très peu de lois concernant les trusts. L'art. 2 CLH Trust donne une première tentative de codification de la notion de trust. Cet instrument avait pour but principal de faciliter la reconnaissance des trusts dans les pays de droit civil, il était donc important de donner une définition « civiliste » du trust. On y retrouve ces relations triangulaires entre les différents intervenants. Il faut par ailleurs que trois conditions soient remplies pour être en présence d'un trust :

- I. le patrimoine du trust est séparé de celui du *trustee* ;
- II. les biens sont légalement en propriété du *trustee* ;
- III. le *trustee* a un pouvoir de gestion et d'administration des biens du trust et une obligation de l'utiliser dans un cadre défini par l'acte constitutif et la loi.

La ratification de ce texte par la Suisse en 2007 a été le début du parcours du trust en droit suisse. Ce parcours est loin d'être achevé puisque des réflexions quant à l'introduction d'un trust de droit suisse sont en cours, comme nous l'avons relevé en introduction.

2.2. Généralités

Avant d'examiner plus en détail les positions juridiques et les rôles des différents acteurs du trust, il paraît essentiel d'en décrire rapidement les mécanismes. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le trust permet à une personne de transférer des biens à tiers, qui n'en sera cependant pas propriétaire économique mais qui aura plutôt l'obligation de gérer le patrimoine du trust selon les consignes données par le constituant. Tout ceci rend le trust particulièrement attractif dans le cadre de planifications successorales, puisque le constituant dispose d'une grande liberté quant aux consignes qu'il peut donner et aux bénéficiaires qu'il désigne. En outre, la constitution d'un trust permet de planifier une succession sur plusieurs générations¹², ce qui va encore plus loin que la substitution fidéicommissaire (art. 488 ss. CC) que nous connaissons en Suisse.

⁷ GRISEL, p. 8 ; CINCELLI, p. 38.

⁸ Cf. *infra*, 2.3.2.

⁹ Cf. *infra*, 2.3.3.

¹⁰ GRISEL, p. 8.

¹¹ GRISEL, p. 8 et 9 ; THÉVENOZ, p. 101.

¹² GRISEL, p. 24 et 25 ; THÉVENOZ, p. 99.

2.3. Les différents intervenants

Désormais au clair sur les principaux mécanismes et sur l’histoire du trust, nous allons pouvoir passer en revue les personnes qui jouent un rôle dans le cadre d’un trust.

2.3.1. Le *settlor*

Le *settlor* est le constituant du trust, c’est lui qui se dessaisit de certains de ses actifs pour les transférer au patrimoine du trust. La constitution du trust est un acte unilatéral du *settlor*¹³, l’accord des autres parties n’est pas nécessaire. Il reste cependant fréquent que le *settlor* et le *trustee* passent un accord sur la constitution du trust, afin d’éviter les situations où le *trustee* prévu refuserait sa mission, ce qui créerait une nécessité de nommer un autre *trustee*¹⁴. L’acte de constitution du trust, le *trust deed*, comprend les droits et obligations des différentes parties¹⁵. Il est fréquent que le *trust deed* soit accompagné d’une *letter of wishes*, adressée au *trustee*, qui lui donnera des clarifications et des consignes supplémentaires. On notera ici que cette lettre n’est pas contraignante pour le *trustee*¹⁶, il ne s’agit là que d’une aide pour l’interprétation du *trust deed*.

Une fois le trust constitué, le *settlor* n’a en principe plus aucun pouvoir sur son patrimoine. S’il continue de traiter les actifs du trust comme les siens, on considérera que le trust est nul, on parle alors de *sham trust*¹⁷. Il n’est cependant pas impossible que le *settlor* se réserve certains pouvoirs, notamment celui de révoquer le trust¹⁸. Il peut également se nommer lui-même bénéficiaire, voire *trustee*. On notera cependant que si le *settlor* est simultanément le seul *trustee* et le seul bénéficiaire du trust, il n’y a en réalité pas de trust.

2.3.2. Le *trustee*

Il convient premièrement de préciser qu’il peut y avoir un nombre illimité de *trustees*, bien que certains trusts bien spécifiques prévoient des limites, qu’elles soient supérieures, comme pour les *trusts of land* (qui portent sur des biens immobiliers situés en Angleterre [sec. 34 TA 1925¹⁹]), ou inférieures, comme pour donner *good receipt of purchase money*²⁰ (sec. 18 SLA 1925²¹). En cas de pluralité de *trustees*, les décisions sont en principe prises à l’unanimité, mais il est possible de prévoir une prise de décision à la majorité dans le *trust deed*²². Les *trustees* peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. Les personnes morales peuvent soumise à une autorisation pour exercer une activité de *trustee*, comme c’est le cas en Suisse (art. 2 al. let. b et 5 LFin²³).

Lorsque plusieurs *trustees* sont désignés, il est possible de distinguer un *custodian trustee* et un *managing trustee*, qui auront des pouvoirs différents : le premier est titulaire des actifs du trust, c’est lui qui détient les documents nécessaires et le second est en charge de la gestion

¹³ GUILLAUME/STOYANOV, p. 172.

¹⁴ GRISEL, p. 4.

¹⁵ GRISEL, p. 51.

¹⁶ STOYANOV/GUILLAUME, p. 640 ; GRISEL, p. 52 et 53 ; CSI 30, p. 5.

¹⁷ *Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Co. Ltd. [1991] Jersey L.R. 103.*

¹⁸ Cf. *infra*, 2.4.2.

¹⁹ *Trustee Act 1925* (Royaume-Uni) du 9 avril 1925.

²⁰ GRISEL, p. 53.

²¹ *Settled Land Act 1925* (Royaume-Uni) du 9 avril 1925.

²² GRISEL, p. 53.

²³ Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LFin), RS 954.1.

desdits actifs. Dans ces cas, les paiements relatifs au trust doivent être faits au *custodian trustee* ou par celui-ci²⁴.

Les *trustees* sont en principe nommés dans le *trust deed*, qui prévoit souvent également des mécanismes de substitution de *trustees* en cas de démission ou de décès. Des dispositions légales supplétives existent en droit anglais pour les cas où rien n'est prévu dans le *trust deed* (*sec. 36 (1) (b) et 41 (1) TA 1925*).

Le *trustee* est soumis à un certain nombre d'obligations, les principales d'entre elles étant l'obligation de séparer les actifs du trust de ses propres actifs, celle d'administrer le trust et celle de rendre des comptes aux bénéficiaires²⁵. À ces obligations s'ajoutent des pouvoirs, comme celui d'investir les actifs du trust (partie II TA 2000²⁶), de les assurer (*sec. 34 TA 2000*) ou encore d'agir en justice (*sec. 15 TA 1925*). Il existe également un droit au remboursement des impenses et au paiement par le trust des frais y relatifs (*sec. 31 (1) TA 2000*). Les *trustees* professionnels bénéficient enfin d'un droit à la rémunération (*sec. 28 ss. TA 2000*).

2.3.3. Les bénéficiaires

Les bénéficiaires jouissent de plusieurs droits, les plus importants d'entre eux étant bien entendu ceux qui ont trait aux distributions. Ces droits peuvent varier d'un trust à l'autre, comme nous le verrons plus tard²⁷. Le droit de demander des comptes au *trustee* existe, lui, dans tous les trusts²⁸, il s'agit là du pendant de l'obligation du *trustee* de rendre des comptes²⁹. De manière générale, les obligations du *trustee* se retrouvent sous la forme de droits des bénéficiaires. Il existe par ailleurs quelques droits propres aux bénéficiaires, comme celui de mettre fin au trust³⁰ ou celui de révoquer des *trustees* (*sec. 19 TLATA 1996*³¹). Lorsque les *trustees* ont violé leurs obligations, les bénéficiaires ont un droit d'ouvrir action contre eux³².

Outre ces prétentions personnelles, les bénéficiaires disposent aussi de droits de nature réelle sur les biens du trust, comme nous l'avons déjà mentionné³³. Ces prétentions sont appelées le droit de *tracing*³⁴.

2.3.4. Le protector

Le *protector*, comme son titre l'indique, protège les bénéficiaires en surveillant le *trustee*. Il n'existe pas de règles quant au *protector*, le *settlor* bénéficie donc d'une large marge de manœuvre quant aux tâches et aux pouvoirs qu'il souhaite lui attribuer³⁵. La globalisation et la tendance à attribuer le rôle de *trustee* à des sociétés sises à l'étranger ont rendu fréquente l'instauration d'une surveillance de leurs activités, sous la forme d'un *protector*³⁶.

²⁴ GRISEL, p. 53.

²⁵ *Lewis v Taplin* [2018] EWHC 777 et *Schmidt v Rosewood Trust Ltd.* [2003] UKPC 26.

²⁶ *Trustee Act 2000* (Royaume-Uni) du 23 novembre 2000.

²⁷ Cf. *infra*, 2.4.1.

²⁸ *Armitage v Nurse* [1997] EWCA Civ 1279.

²⁹ Cf. *supra*, 2.3.2.

³⁰ *Sanders v Vautier* [1841] EWHC Ch J82.

³¹ *Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996* (Royaume-Uni) du 24 juillet 1996.

³² GRISEL, p. 74 ss. ; GUILLAUME, p. 35.

³³ Cf. *supra*, 2.1.

³⁴ GRISEL, p. 80 ; GUILLAUME, p. 35.

³⁵ GRISEL, p. 90 ; LANDOLF/GRAF, p. 5.

³⁶ GRISEL, p. 90.

2.4. Les différents types de trusts

Afin de mieux comprendre le traitement fiscal des trusts, il est important de maîtriser certaines distinctions. Nous allons examiner les plus importantes d'entre elles.

2.4.1. Les trusts fixes et discrétionnaires

La première distinction à opérer en matière de trust se fait entre les trusts fixes et les trusts discrétionnaires. Le critère clé est ici la nature de l'intérêt du bénéficiaire. Dans les trusts fixes, le *settlor* donne aux bénéficiaires des droits fermes quant aux distributions. Le *trustee* n'a donc aucune marge de manœuvre à cet égard. Il peut s'agir de sommes fixées d'avance (chaque bénéficiaire touchera CHF 1'000.- tous les premiers du mois) ou de montants dépendant des performances du trust (chaque bénéficiaire aura droit chaque année à une part égale des revenus du trust)³⁷. L'essentiel est que les bénéficiaires puissent faire valoir ces droits en justice si le *trustee* n'effectue pas les distributions prévues.

À l'inverse, les trusts discrétionnaires laissent une grande liberté au *trustee* qui pourra décider tant du moment que du montant des distributions³⁸. Les bénéficiaires n'ont donc dans ces cas pas de droits fermes mais de simples attentes³⁹. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont à la merci des caprices du *trustee*. Ce dernier reste en effet soumis aux obligations prévues dans le *trust deed* et aux obligations générales d'un *trustee*⁴⁰. Les souhaits du *settlor* figurant dans sa *letter of wishes* peut aussi restreindre la liberté du *trustee*, malgré le fait qu'ils pas juridiquement contraignants⁴¹. Cela donne donc une certaine protection aux bénéficiaires, mais ils ne pourront jamais faire valoir un droit ferme à une distribution⁴².

2.4.2. Les trusts révocables et irrévocables

Il est également important de comprendre la distinction entre les trusts révocables et irrévocables. Elle s'opère en fonction de l'étendue des pouvoirs conservés par le *settlor*. Dans le cas d'un trust révocable, il pourra tout annuler, exiger le retour des biens confiés au trust dans son patrimoine personnel⁴³. L'étendue du pouvoir de révocation du *settlor* est variable, il est possible que la révocation ne soit que partielle⁴⁴. Les distributions et autres actes du *trustee* effectués avant la révocation restent dans tous les cas valables⁴⁵. Dans un trust irrévocable, le *settlor* ne peut plus revenir en arrière, la CSI parle alors d'un « dessaisissement définitif »⁴⁶.

Il n'est pas toujours évident de distinguer les trusts révocables des trusts irrévocables, en particulier dans les cas où le *settlor* est également bénéficiaire. Le point essentiel est qu'un trust n'est révocable que si le *settlor* peut unilatéralement faire revenir des actifs dans son patrimoine personnel. La CSI est cependant plus stricte, nous le verrons plus tard⁴⁷.

³⁷ GRISEL, p. 29.

³⁸ DANON, p. 440 ; GRISEL, p. 30.

³⁹ DANON, p. 440 ; OBERSON, p. 483.

⁴⁰ Cf. *supra*, 2.3.2.

⁴¹ CSI 30, p. 6 ; GRISEL, p. 30.

⁴² DANON, p. 440 ; GRISEL, p. 30.

⁴³ DANON, p. 435 ; GRISEL, p. 34.

⁴⁴ GRISEL, p. 34 ; GUILLAUME, p. 34 et 35.

⁴⁵ DANON, p. 435 ; GRISEL, p. 34.

⁴⁶ CSI 30, p. 5.

⁴⁷ Cf. *infra*, 3.1.

2.4.3. Les trusts *inter vivos* et les trusts testamentaires

La dernière distinction que nous allons examiner est celle entre les trusts *inter vivos* et les trusts à cause de mort. Celle-ci est bien plus facile à faire que les deux premières : les trusts *inter vivos* sont constitués du vivant du bénéficiaire alors que les trusts testamentaires sont constitués par une disposition à cause de mort figurant dans son testament⁴⁸. Il est cependant important de ne pas confondre trust testamentaire et dévolution successorale à un trust *inter vivos* : dans le premier cas, le trust n'existe qu'à compter du décès du *settlor* alors que dans le second cas, le trust existait déjà de son vivant, mais il y fait un apport à son décès⁴⁹. Le trust testamentaire est un instrument de planification successorale très utilisé dans les pays de *common law*. Il est cependant également fréquent d'utiliser un trust *inter vivos* dans le même but. On notera enfin qu'un trust testamentaire ne peut à l'évidence pas être révocable.

3. Aperçu du traitement fiscal des trusts en Suisse

Nous avons brièvement abordé la question du traitement fiscal des trusts dans les chapitres précédents, mais il est essentiel de maîtriser le sujet avant de continuer. Après l'entrée en vigueur de la CLH Trust en Suisse, la CSI, en collaboration avec l'AFC, a publié une circulaire détaillant le traitement fiscal retenu pour les trusts. Nous allons rapidement examiner les points saillants de ce texte. Le traitement fiscal des trusts prévu par la CSI et l'AFC repose principalement sur deux distinctions que nous avons vues plus haut⁵⁰ : la révocabilité du trust et son caractère fixe ou discrétionnaire.

3.1. Les trusts révocables

Malgré le fait qu'ils soient reconnus sur le plan civil, en vertu de l'art. 11 CLH Trust, ils n'ont pas d'incidence sur le plan fiscal. L'art. 19 CLH Trust laisse en effet une totale liberté aux États parties de légiférer en matière fiscale. La CSI et l'AFC ont prévu qu'un trust révocable ne serait pas pris en compte, car le *settlor* ne s'est pas définitivement dessaisi du patrimoine en question⁵¹. Il est même précisé que le *trust deed* n'est pas déterminant pour savoir si on est en présence d'un trust révocable ou irrévocable : il faut examiner les circonstances de chaque cas. La circulaire énumère un certain nombre de questions pour faciliter la distinction et précise que si une réponse positive est donnée à l'une d'entre elle, le trust sera qualifié de révocable⁵². Il ressort de ceci que la notion de trust révocable retenue en droit fiscal est extrêmement large. Lorsqu'on est en présence d'un trust révocable, les distributions faites aux bénéficiaires seront assimilées à des donations du *settlor* à ces derniers et seront donc imposées comme telles⁵³.

3.2. Les trusts irrévocables

Les trusts irrévocables sont traités différemment selon la nature de l'intérêt du bénéficiaire. Nous allons examiner les deux cas.

⁴⁸ GRISEL, p. 18.

⁴⁹ GRISEL, p. 18.

⁵⁰ Cf. *supra*, 2.4.1 et 2.4.2.

⁵¹ CSI 30, p. 6.

⁵² CSI 30, p. 5 et 6.

⁵³ CSI 30, p. 10.

3.2.1. Fixes

Les trusts irrévocables fixes sont assimilés fiscalement à des usufruits⁵⁴. Cela signifie donc que le patrimoine du trust et ses revenus sont attribués aux bénéficiaires (art. 20 al. 1 let. d LIFD⁵⁵). Partant, la constitution d'un tel trust est traitée comme une donation du *settlor* aux bénéficiaires. Le fait que les distributions aux bénéficiaires soient considérées comme du revenu imposable implique que les distributions de gain en capital sont exonérées (art. 16 al. 3 LIFD). C'est alors au contribuable de prouver que la distribution est issue de gain en capital, sans quoi elle sera imposée⁵⁶. L'art. 24 let. a LIFD exonère les montants donnés, ce qui implique que les distributions du capital du trust sont exonérées. On considère cependant que le capital du trust ne peut être distribué qu'après que tous ses revenus l'ont été⁵⁷.

3.2.2. Discrétionnaires

Lorsqu'on est en présence d'un trust irrévocable discrétionnaire, il est nécessaire de faire une dernière distinction : le *settlor* était-il domicilié en Suisse ou à l'étranger au moment de la constitution du trust ?

3.2.2.1. *Settlor* domicilié en Suisse au moment de la constitution

La circulaire prévoit que le patrimoine est les revenus d'un trust irrévocable discrétionnaire constitué par un *settlor* domicilié en Suisse lui restent attribuables⁵⁸. Cela signifie que le trust n'a fiscalement aucune incidence sur la situation, tout comme pour les trusts révocables.

3.2.2.2. *Settlor* domicilié à l'étranger au moment de la constitution

C'est le cas le plus complexe, car la circulaire prévoit que le patrimoine du trust ne peut être imputé à personne⁵⁹. Cela a plusieurs conséquences : la constitution du trust est traitée comme une donation aux bénéficiaires, personne ne paie d'impôt sur la fortune du trust et les distributions seront imposées comme du revenu chez les bénéficiaires⁶⁰. Il est important de noter ici que si les distributions du capital du trust sont exonérées en vertu de l'art. 24 let. a LIFD, il n'est pas possible pour les bénéficiaires de faire valoir l'art. 16 al. 3 LIFD pour échapper à l'impôt sur les distributions de gain en capital réalisé par le trust⁶¹. Cela est dû au fait que le patrimoine du trust n'est pas attribué aux bénéficiaires et que les gains en capital réalisés ne le sont donc pas dans la fortune privée de ces derniers.

4. Survol de la fiscalité successorale vaudoise

Désormais armés des notions de bases sur les trusts et leur traitement fiscal, il est nécessaire d'examiner brièvement le système fiscal vaudois en matière d'impôt sur les successions.

4.1. Le système général

Les successions ouvertes dans le canton de Vaud sont imposées selon les art. 11 ss. LMSD⁶². Tous les biens mobiliers du *de cuius* sont donc imposés dans le canton de Vaud, tout comme

⁵⁴ CSI 30, p. 11 et 12.

⁵⁵ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11.

⁵⁶ CSI 30, p. 12.

⁵⁷ CSI 30, p. 12.

⁵⁸ CSI 30, p. 12.

⁵⁹ CSI 30, p. 12.

⁶⁰ CSI 30, p. 12 et 13.

⁶¹ CSI 30, p. 13.

⁶² Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et les donations (LMSD), BLV 648.11.

les biens immobiliers qui y sont sis (art. 11 al. 1 let. a et b LMSD). Les biens sont évalués à leur valeur vénale à l'ouverture de la succession (art. 21 let. a LMSD), mais les immeubles suivent un autre système : ils sont comptés pour 80% de leur estimation fiscale (art. 23 al. 1 LMSD). Les souches héréditaires de la première parentèle ne paient pas d'impôt si leur part ne dépasse pas CHF 250'000.- (art. 31 al. 1 LMSD). Si leur part est comprise entre CHF 250'000.- et CHF 499'000.-, il existe un barème spécial (art. 31 al. 2 et 3 LMSD). Les autres héritiers ne paient pas d'impôt si leur part ne dépasse pas CHF 10'000.- (art. 31 al. 4 LMSD). Les taux d'imposition dépendent du montant des parts et du lien de parenté que l'héritier avait avec le *de cuius*, ils sont prévus dans des barèmes (art. 34 al. 1 LMSD).

4.2. Les personnes imposées selon la dépense (art. 14 LIFD)

L'art. 36 al. 1 LMSD prévoit que l'impôt sur les successions d'étrangers domiciliés dans le canton est réduit de moitié. L'al. 3 apporte quelques précisions sur la notion d'étranger domicilié dans le canton de Vaud : il s'agit des personnes qui remplissent les conditions pour être imposées selon la dépense (art. 14 LIFD). Il faut donc qu'ils n'aient pas eu d'activité lucrative en Suisse.

5. Le traitement fiscal des trusts au décès du *settlor* dans le canton de Vaud

Nous allons à présent examiner le traitement fiscal des trusts au moment du décès du *settlor* dans le canton de Vaud. Il est à ce stade indispensable de distinguer plusieurs hypothèses : la première est celle d'un *settlor* qui prévoit dans son testament la constitution d'un trust, la deuxième est celle d'un *settlor* qui a constitué de son vivant un trust révocable, qui devient à sa mort irrévocable et la troisième est celle d'un *settlor* qui a constitué de son vivant un trust irrévocable.

5.1. Les trusts testamentaires

L'art. 11 al. 2 let. a LMSD prévoit que les dévolutions successorales de biens à des trusts irrévocables sont soumises à l'impôt sur les successions. Tel sera donc également le cas de la constitution à cause de mort d'un trust. Quant à la question de savoir qui sera le débiteur de cet impôt, l'art. 18 al. 1 LMSD précise qu'il s'agit des bénéficiaires ou des *trustees*. L'art. 18 al. 1bis LMSD instaure une responsabilité des *trustees* pour cet impôt, à hauteur des biens du trust au moment du décès. La dernière question restante est celle du taux. L'art. 30 al. 1bis LMSD prévoit que le taux correspond à celui qui existerait entre le *de cuius* et le bénéficiaire le plus éloigné. Cela signifie que s'il est théoriquement possible que les biens du trust reviennent, *in fine*, à une personne non apparentée au *de cuius*, le taux le maximal sera retenu⁶³. Il est donc sage de prévoir dans le *trust deed* que les biens du trust reviennent en dernière ligne à une institution exemptée au sens de l'art. 20 al. 1 let. a à d ou al. 2 LMSD. En effet, dans ces cas, le taux retenu sera celui qui correspond au bénéficiaire nommé le plus éloigné, et non à un potentiel tiers intervenant en fin de ligne.

5.2. Les trusts *inter vivos*

5.2.1. Révocables

Nous allons désormais nous pencher sur le cas où le *settlor* a constitué de son vivant un trust révocable. Il est évident qu'un tel trust deviendra irrévocable au moment du décès du *settlor*. Cela signifie que les biens du trust, qui étaient jusqu'alors fiscalement attribués au *settlor*⁶⁴, ne

⁶³ GRISEL, p. 217.

⁶⁴ Cf. *supra*, 3.1.

pourront bien sûr plus le rester. Il en résulte que ces biens seront frappés par l'impôt sur les successions, comme les autres éléments du patrimoine du *settlor*. C'est effectivement ce système qui a été retenu dans le canton de Vaud (art. 11 al. 2 let. b LMSD). Par ailleurs, si le *settlor* prévoit dans son testament d'autres apports au trust, ces apports seront également imposés, cette fois en vertu de l'art. 11 al. 2 let. a LMSD. Les considérations relatives au taux d'imposition sont identiques à celles qui valent pour les trusts testamentaires⁶⁵.

5.2.2. Irrévocables

5.2.2.1. Discretionnaire

Lorsque le *settlor* a constitué de son vivant un trust irrévocable, il est encore nécessaire de déterminer si les actifs du trust lui étaient encore attribués fiscalement ou non. Nous l'avons vu, si le trust est irrévocable et discrétionnaire et que le *settlor* était domicilié en Suisse au moment de sa constitution, le traitement fiscal en matière d'impôts direct est identique à celui d'un trust révocable⁶⁶. Il en résulte que le traitement fiscal du trust au moment du décès du *settlor* suivra donc également celui des trusts révocables. Si, en revanche, le *settlor* était domicilié à l'étranger au moment de sa constitution, on considérera qu'il s'est effectivement dessaisi des biens mis en trust. Ces derniers n'auront donc pas d'incidence sur la succession du *settlor*. Une fois de plus, les biens apportés au trust à cause de mort seront, eux, frappés de l'impôt sur les successions. Pour ce qui est des taux, nous pouvons ici encore renvoyer aux pratiques valables pour les trusts testamentaires⁶⁷.

5.2.2.2. Fixes

La constitution d'un trust irrévocable fixe est considérée comme un dessaisissement des biens sur le plan fiscal, nous l'avons vu⁶⁸. Le transfert de biens sera donc imposé comme une donation s'il est fait du vivant du *settlor* (art. 11 al. 2 let. a LMSD). Il ne sera donc pas possible d'imposer ce transfert une seconde fois à la mort du *settlor*, cette fois sous l'angle de l'impôt sur les successions. Les biens du trust ne seront donc pas comptés dans l'inventaire fiscal de la succession. Cette solution est celle qui est préconisée par Olivier Weniger⁶⁹. Comme pour les autres formes, les dévolutions successorales faites au trust seront bien sûr imposées.

6. Le traitement fiscal des trusts au décès du *settlor* au Royaume-Uni

Maintenant que nous avons une bonne compréhension du système appliqué aux trusts dans le canton de Vaud, nous allons nous concentrer sur la situation au Royaume-Uni. Il est précisé que de nombreux termes anglo-saxons sont utilisés dans les deux chapitres à venir, afin d'éviter toute confusion avec des notions de droit suisse.

6.1. Définitions

Avant d'entrer dans le cœur de la matière, il est indispensable de passer en revue certaines notions et de les définir, dans le but de simplifier les explications plus complexes qui suivront.

⁶⁵ Cf. *supra*, 5.1.

⁶⁶ Cf. *supra*, 3.2.2.1.

⁶⁷ Cf. *supra*, 5.1.

⁶⁸ Cf. *supra*, 3.2.1.

⁶⁹ WENIGER, p. 60 et 61.

6.1.1. *Inheritance tax*

L'*inheritance tax* est le nom donné en droit anglais à l'impôt sur les successions et les donations, comme nous le verrons⁷⁰. Il est principalement régi par l'IHTA 1984⁷¹.

6.1.2. Les types de trusts

Premièrement, les types de trusts que nous avons vus⁷² ne sont pas tous connus sous les mêmes noms en droit britannique. Ce que nous avons appelé les trusts discrétionnaires sont communément appelés les *discretionary settlements* et ce que nous avons qualifié de trusts fixes sont des *interest in possession settlements*⁷³. Il existe bien évidemment d'autres types de trusts en droit anglais, qui vont des *bare trusts*, dans lesquels les pouvoirs du trustee sont purement administratifs puisque les bénéficiaires ont des droits sur l'entier des biens mis en trusts⁷⁴, aux *charitable trusts*, qui sont faits en faveur d'institutions d'utilité publique⁷⁵. Ce sont cependant les deux premières catégories qui vont le plus nous intéresser dans le cadre de ce travail. L'intérêt des bénéficiaires d'un trust fixe est appelé *interest in possession*⁷⁶.

6.1.3. La notion de domicile

6.1.3.1. De manière générale

Le droit britannique connaît trois types de domiciles distincts : le *domicile of origin*, le *domicile of dependance* et le *domicile of choice*⁷⁷. Le premier, comme son nom l'indique, est acquis à la naissance. Il est impossible d'en changer, on peut par exemple changer de lieu de résidence tout en conservant le même *domicile of origin*⁷⁸. Le *domicile of origin* ne disparaît donc jamais, mais il cède le pas au *domicile of choice* ou au *domicile of dependance*⁷⁹. Cette dernière notion est plus facile à comprendre : notre *domicile of dependance* est celui de la personne dont on est légalement dépendant. Ainsi, les enfants mineurs (jusqu'à 16 ans, ou 14 ans en Écosse) auront leur *domicile of dependance* chez la personne dont elles dépendent juridiquement⁸⁰. Le *domicile of choice*, lui, peut changer. En effet, toute personne de plus de 16 ans peut acquérir un nouveau *domicile of choice* à deux conditions : la résidence dans un territoire et l'intention de s'y établir de manière permanente⁸¹. Il est important de noter que les tribunaux britanniques ont tendance à interpréter ces deux critères de manière restrictive⁸². Il est possible de perdre son *domicile of choice* de deux façons : soit en cessant d'habiter le pays soit en perdant l'intention d'y résider indéfiniment⁸³. L'interprétation faite par les tribunaux britanniques de ces deux critères-ci est nettement moins stricte que celle des critères d'acquisition d'un

⁷⁰ Cf. *infra*, 6.2.1.

⁷¹ *Inheritance Tax Act 1984* (Royaume-Uni) du 31 juillet 1984.

⁷² Cf. *supra*, 2.4.

⁷³ FERRIER/HUTTON, p. 16, 17 21 et 22 ; WEBBER, p. 20 et 21.

⁷⁴ WEBBER, p. 21 et 22.

⁷⁵ WEBBER, p. 22.

⁷⁶ FERRIER/HUTTON, p. 124 et 125 ; WEBBER, p. 57 ss.

⁷⁷ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 135.

⁷⁸ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 140 et 141.

⁷⁹ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 140 et 141.

⁸⁰ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 147.

⁸¹ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 141.

⁸² CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 147 ss.

⁸³ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 145.

*domicile of choice*⁸⁴ Lorsque l'on perd le *domicile of choice* sans en acquérir immédiatement un autre, le *domicile of origin* « renaît⁸⁵ », il redevient pertinent.

6.1.3.2. *Deemed domicile*

Il est possible qu'une personne soit considérée comme domiciliée en dehors du Royaume-Uni selon les règles que nous venons de voir⁸⁶ mais pas selon les règles de l'IHTA 1984. La *sec. 267 IHTA 1984* prévoit en effet la notion de *deemed domicile*. Pour qu'une personne ait un *deemed domicile* au Royaume-Uni, il faut qu'une des trois conditions suivantes soit remplie :

- I. elle a été domiciliée au Royaume-Uni dans les trois ans qui précèdent l'évènement imposable ;
- II. elle a été résidente du Royaume-Uni durant au moins 15 des 20 années fiscales qui précèdent l'évènement imposable ou durant au moins une des quatre années fiscales qui précèdent l'évènement imposable ;
- III. elle a été dans le passé domiciliée au Royaume-Uni et y a résidé durant la période fiscale de l'évènement imposable.

Les personnes qui ont un *deemed domicile* au Royaume-Uni seront donc traitées comme des personnes qui y sont domiciliés pour ce qui est de l'*inheritance tax*.

6.1.4. *Immediate post-death interest*

La notion d'*immediate post-death interest* est importante en matière successorale. Elle est prévue par la *sec. 49A IHTA 1984*. Il s'agit d'une catégorie spécifique d'*interest in possession*. Pour qu'un *interest in possession* soit considéré comme un *immediate post-death interest*, il faut qu'il remplisse les quatre conditions de la *sec. 49A IHTA 1984* :

- I. il doit avoir été prévu par testament ou par les règles successorales qui s'applique *ab intestat* ;
- II. le bénéficiaire l'est devenu à la mort du *settlor* ;
- III. il ne doit s'agir ni d'un *bereaved minor trust* (trusts en faveur de mineurs ayant perdu au moins un de leurs parents⁸⁷, prévus par la *sec. 71A IHTA 1984*) ni d'un *disabled trust* (il s'agit là simplement d'un trust dont le ou les bénéficiaires sont des personnes handicapées⁸⁸, au sens de l'annexe 1A FA 2005⁸⁹) ;
- IV. cette troisième condition doit avoir été remplie en tout temps depuis que le bénéficiaire l'est devenu.

Le texte légal prévoit que le bénéficiaire doit être une personne, par opposition à un individu, ce qui signifie que des personnes morales peuvent être bénéficiaires d'un *immediate post-death interest*⁹⁰.

6.1.5. *Qualifying interest in possession*

Lorsqu'on est en présence de trusts discrétionnaires, on peut tout de même avoir à faire à un *qualifying interest in possession* (*sec. 59 IHTA 1984*). Il s'agit là bien entendu d'une sous-catégorie d'*interest in possession*, il faut donc qu'il remplisse des conditions supplémentaires. Ces conditions sont différentes selon que le bénéficiaire est une personne physique (*sec. 59 (1)*)

⁸⁴ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 147 et 148.

⁸⁵ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 145.

⁸⁶ Cf. *supra*, 6.1.3.1.

⁸⁷ WEBBER, p. 425 ss.

⁸⁸ FERRIER/HUTTON, p. 17 ; Webber, p. 446 ss.

⁸⁹ *Finance Act 2005* (Royaume-Uni) du 7 avril 2005.

⁹⁰ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 913.

(a) IHTA 1984) ou une personne morale (*sec. 59 (1) (b) et (2) IHTA 1984*). Pour les personnes physiques, il n'y a qu'une condition supplémentaire, qui ne vaut que si l'*interest in possession* a été attribué au bénéficiaire après le 22 mars 2006 compris. Il faut alors que l'*interest in possession* soit un *immediate post-death interest*, un *disabled person's interest* (l'intérêt du bénéficiaire d'un *disabled trust*) ou un *transitional serial interest* (qui est une notion de droit transitoire, peu fréquente aujourd'hui⁹¹). Pour les personnes morales, il faut cumulativement :

- I. que la société bénéficiaire soit majoritairement active dans l'acquisition de tels intérêts ;
- II. qu'elle l'ait acquis à titre onéreux d'une personne physique qui en était bénéficiaire ;
- III. que les conditions applicables aux personnes physiques aient été remplies par le précédent bénéficiaire immédiatement avant le transfert à la personne morale.

6.1.6. *Excluded property*

L'*excluded property* correspond bien sûr à la notion de biens exemptés que nous connaissons en Suisse. Elle est prévue par la *sec. 6 IHTA 1984*. Elle inclut notamment les biens du trust situés hors du Royaume-Uni lorsque le *settlor* était lui-même domicilié hors du Royaume-Uni⁹² au moment de la mise en trust de ces biens⁹³.

6.1.7. *Estate*

La notion d'*estate* correspond plus ou moins à celle de patrimoine du droit suisse. Elle est spécifiquement définie à la *sec. 5 IHTA 1984*. Il s'agit donc de tous les biens dont la personne a la jouissance, mais il y a deux exceptions. La première est que l'*estate* d'une personne immédiatement avant sa mort (la masse successorale, en droit suisse) n'inclut pas l'*excluded property* ni les œuvres d'art de propriété étrangère présentes au Royaume-Uni pour être exposées, nettoyées ou restaurées (*sec. 5 (1) (b) IHTA 1984*). La seconde exception concerne les *interest in possession*. Un *interest in possession* n'est en effet pas inclus dans l'*estate* si les *sec. 71A IHTA 1984* (qui concerne les *bereaved minor trusts*) ou *71D IHTA 1984* (qui traite des *18-25 trusts*, soit l'équivalent des *bereaved minor trusts* pour des bénéficiaires entre 18 et 25 ans⁹⁴) s'y appliquent (*sec. 5 (1) (a) IHTA 1984*) ou s'il remplit les conditions cumulatives de la *sec. 5 (1A) IHTA 1984* :

- I. il s'agit d'un intérêt à un trust ;
- II. les *sec. 71A IHTA 1984* et *71D IHTA 1984* ne sont pas applicables ;
- III. la personne a acquis la jouissance de cet intérêt après le 22 mars 2006 compris ;
- IV. il ne s'agit ni d'un *immediate post-death interest* ni d'un *disabled person's interest* ni d'un *transitional serial interest*.

Ces *interest in possession* ne font donc pas partie de l'*estate* de la personne qui en jouit. Ceux qui remplissent les conditions de la *sec. 5 (1A) IHTA 1984* peuvent malgré cela en faire partie s'ils remplissent les conditions cumulatives de la *sec. 5 (1B) IHTA 1984* :

- I. la personne qui en a la jouissance était domiciliée au Royaume-Uni lorsqu'elle l'a obtenue ;
- II. le transfert qui lui a donné cette jouissance n'était pas censé octroyer un avantage gratuit à la personne, au sens de la *sec. 10 IHTA 1984* (il faut donc que le transfert se fasse « *at arm's length* », soit au prix du marché).

⁹¹ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 883 ss.

⁹² Cf. *supra*, 6.1.3.

⁹³ FERRIER/SHERRING, p. 65.

⁹⁴ WEBBER, p. 427 ss.

Par ce mécanisme, les *interest in possession* qui remplissent les conditions des *sec. 5 (1A) et (1B) IHTA 1984* sont donc compris dans l'*estate* de la personne qui en jouit.

6.1.8. Relevant property

En matière de trusts discrétionnaires, la notion de *relevant property* est essentielle, elle est prévue à l'art. 58 IHTA 1984. En substance, il s'agit des biens mis en trust sur lesquels aucun *qualifying interest in possession* n'existe (*sec. 58 (1) IHTA 1984*). On exclut également de cette catégorie les biens énumérés aux let. (a) à (f) de la *sec. 58 (1) IHTA 1984*. Nous n'allons pas nous attarder sur ces différentes exceptions, mais il convient tout de même de relever que la *sec. 58 (1) (f) IHTA 1984* mentionne spécifiquement l'*excluded property*.

6.1.9. Potentially exempt transfers

Une autre notion centrale à la fiscalité successorale britannique est celle de *potentially exempt transfer*, soit d'aliénation potentiellement exemptée. Les conditions pour qu'une aliénation soit considérée comme telle figurent à la *sec. 3A IHTA 1984*. Il existe deux séries alternatives de conditions cumulatives. La première d'entre elles figure à la *sec. 3A (1) IHTA 1984* :

- I. l'aliénation a eu lieu entre le 18 mars 1986 et le 21 mars 2006 ;
- II. elle serait considérée comme un transfert imposable de propriété ;
- III. il s'agit d'une libéralité faite à un autre individu (ce qui comprend les *interest in possession trusts*⁹⁵), à un *accumulation and maintenance trust* (les bénéficiaires n'ont qu'une expectative jusqu'à un certain âge et les revenus du trust sont accumulés⁹⁶) ou à un *disabled trust*.

La seconde série de conditions est à la *sec. 3A (2) IHTA 1984* :

- I. l'aliénation a eu lieu après le 22 mars 2006 ;
- II. elle serait considérée comme un transfert imposable de propriété ;
- III. il s'agit d'une libéralité faite à un autre individu, à un *disabled trust* ou à un *bereaved minor trust* créé par la fin d'un *immediate post death interest*⁹⁷.

Depuis le 22 mars 2006, la constitution de trusts n'est donc un *potentially exempt transfer* qu'à des conditions très limitées⁹⁸.

6.1.10. Cumulative total

Le *cumulative total* correspond à la valeur totale des donations imposables effectuées par le donateur dans les sept ans qui précèdent une transaction donnée (*sec. 7 (1) IHTA 1984*).

6.1.11. Gifts with reservation

La notion de *gift with reservation* est prévue à la *sec. 102 FA 1986*⁹⁹. Il s'agit simplement des libéralités faites par un donateur qui conserve certaines prérogatives sur les valeurs données (*sec. 102 (1) (b) FA 1986*) ou lorsque le donataire n'en obtient pas immédiatement la jouissance (*sec. 102 (1) (a) FA 1986*). La constitution d'un trust révocable est considérée comme une telle libéralité¹⁰⁰. Il en va de même des trusts dans lesquels le *settlor* est bénéficiaire ou peut le

⁹⁵ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 808.

⁹⁶ FERRIER/HUTTON, p. 18 ss.

⁹⁷ Cf. *supra*, 6.1.4.

⁹⁸ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 809.

⁹⁹ *Finance Act 1986* (Royaume-Uni) du 25 juillet 1986.

¹⁰⁰ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 1087.

devenir¹⁰¹. Par conséquent, les biens inclus dans ces trusts seront tout de même inclus dans l'*estate* du donateur à sa mort (*sec.* 102 (3) FA 1986).

6.2. Principes généraux de l'*inheritance tax*

6.2.1. La règle de base

La règle de base en matière d'*inheritance tax* se trouve à la *sec.* 4 (1) IHTA 1984. On considère donc que le *de cuius* fait, à l'instant précédent sa mort, une aliénation de l'intégralité de son *estate*. L'impôt est alors perçu sur cette aliénation. On en déduit par conséquent que l'*inheritance tax* prélevée au moment du décès vise non pas les parts mais bien la masse successorale.

6.2.2. Les taux

Les taux sont régis par les *sec.* 7 ss. IHTA 1984. La *sec.* 7 (2) IHTA 1984 prévoit par ailleurs que les transferts entre vifs sont imposés à un taux correspondant à la moitié du taux valable pour les transferts à cause de mort. Ce régime préférentiel est cependant nuancé par la *sec.* 7 (4) IHTA 1984 : les transferts opérés dans les sept ans précédant le décès de l'aliénateur sont imposés au taux standard, sauf s'ils ont été opérés plus de trois ans mais moins de sept ans avant le décès de l'aliénateur. Dans ces derniers cas, le taux standard sera réduit de 20% par tranche d'une année, jusqu'à atteindre 20% du taux standard. Un transfert opéré plus de trois ans mais moins de quatre ans avant le décès de l'aliénateur sera donc taxé à 80% du taux standard, pour les transferts opérés plus de quatre ans mais moins de cinq ans avant le décès, ce sera 60% du taux standard, et ainsi de suite... L'annexe 1 IHTA 1984 prévoit que le taux standard est de 40%. Ce taux ne dépend donc ni de l'assiette de l'impôt ni du lien de parenté entre le *de cuius* et l'héritier.

En pratique, une imposition a lieu au moment du transfert à la moitié du taux normal à ce moment-là. Si le donateur meurt dans les sept ans, l'impôt dû sera recalculé en prenant en compte le taux applicable au moment du décès et les réductions prévues par la *sec.* 7 (4) IHTA 1984. Les franchises¹⁰² suivent le même principe. Si l'on se tient strictement à ce système, il serait possible que le montant de l'impôt recalculé au moment du décès soit inférieur au montant payé au moment du transfert. Dans ces cas, la *sec.* 7 (5) IHTA 1984 prévoit *in fine* que le taux applicable sera le taux le plus élevé entre celui prévu par la *sec.* 7 (2) IHTA 1984 et celui prévu par la *sec.* 7 (4) IHTA 1984. Il ne sera donc jamais possible de descendre en dessous du montant original¹⁰³.

On remarque que le taux d'imposition ne dépend absolument pas du lien de parenté entre le donateur (ou le *de cuius*) et le donataire (ou l'héritier). Il existe cependant un système préférentiel pour les transferts entre époux¹⁰⁴.

6.2.3. La franchise

L'annexe 1 IHTA 1984 précise que le taux d'imposition pour les montants inférieurs à £ 350'000.- est de 0%. Contrairement au système vaudois, où la franchise se calcule par part et dépend du lien de parenté entre le *de cuius* et l'héritier, le montant de £ 350'000 est applicable à l'entier de la succession. Cela est relativement logique puisque les taux ne varient pas en fonction de ce lien de parenté. Par ailleurs, le calcul est plus simple que pour les souches héréditaires dans le canton de Vaud, où l'art. 31 al. 2 LMSD prévoit une réduction de la

¹⁰¹ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 1081 et 1082

¹⁰² Cf. *infra*, 6.2.3.

¹⁰³ GOLDING, p. 488.

¹⁰⁴ Cf. *infra*, 6.2.4.

déduction pour les parts comprises entre CHF 251'000.- et CHF 499'000.- ; il suffit en effet dans le système britannique d'exclure de l'assiette de l'impôt le montant de la franchise et de calculer l'impôt dû sur le reste.

6.2.4. Les transferts entre époux et *civil partners*

L'exemption la plus fréquente est prévue par la *sec. 18* IHTA 1984. Il s'agit de l'exemption des transferts entre époux ou *civil partners* (notion qui correspond à celle de partenaires enregistrés du droit suisse). Il faut pour cela que le bien transféré soit inclus dans l'*estate* du conjoint ou partenaire enregistré qui le reçoit (*sec. 18 (1)* IHTA 1984). Si le donateur est domicilié au Royaume-Uni mais pas son conjoint ou partenaire enregistré, le montant maximal exempté correspond à la franchise prévue par l'annexe 1 IHTA 1984 (*sec. 18 (2) et (2A)* IHTA 1984). Il faut enlever à la franchise les montants des précédents transferts relevant de cette disposition. La *sec. 18 (4)* IHTA 1984 prévoit enfin qu'un bien est donné à une personne si celle-ci en acquiert la propriété ou si le bien est mis en trust en sa faveur.

6.2.5. *Potentially exempt transfers*

Ces transferts de propriété sont qualifiés de « potentiellement exemptés » car ils ne le seront effectivement que si l'aliénateur survit pendant au moins sept ans après le transfert (*sec. 3A (4)* IHTA 1984). Si le donateur meurt dans les trois ans qui suivent l'acte, l'aliénation sera pleinement imposée, mais s'il décède entre trois et sept ans après, des abattements progressifs sont prévus. Ces abattements sont identiques à ceux prévus par la *sec. 7 (4)* IHTA 1984, mais il n'y a pas de plancher puisque aucun impôt n'a été payé au moment du transfert¹⁰⁵. En pratique, aucun impôt ne sera prélevé au moment du transfert, puisqu'on part du principe qu'il pourrait potentiellement être exempté. Ce n'est que si le donateur meurt dans les sept ans que l'impôt sera recalculé. Cela a plusieurs conséquences. Premièrement, ces transferts ne sont pas comptés dans le montant total des donations avant la mort du donateur¹⁰⁶. Cependant, si le donateur meurt dans les sept ans, ils seront rétroactivement comptés dans ce total¹⁰⁷. Un décès du donateur dans les sept ans qui suivent un *potentially exempt transfer* peut donc avoir un impact tant sur l'imposition du transfert en question que sur l'imposition d'autres transferts qui ont eu lieu entre temps.

6.2.6. *Gifts with reservation*

Les *gifts with reservation*, on l'a vu, sont compris dans l'*estate* du donateur¹⁰⁸. Cela signifie qu'une *inheritance tax* sera perçue sur ces biens à la mort du *de cuius*. Il y aura donc un potentiel problème lorsque la donation avait déjà été imposée à l'époque, par exemple lorsqu'il ne s'agissait pas d'un *potentially exempt transfer*. Un problème similaire interviendrait s'il s'agit d'un *potentially exempt transfer* mais que le donateur est mort dans les sept ans qui ont suivi. Il y aurait en effet dans ces cas une double imposition. Pour éviter cela, la *sec. 5* IHTR 1987¹⁰⁹ prévoit un mécanisme de crédit d'impôt. On commence par faire deux calculs distincts. Le premier (*sec. 5 (3) (a)* IHTR 1987) ignore le transfert entre vifs et calcule seulement l'impôt qui serait dû au décès en comptant les valeurs dans l'*estate*. Pour le second (*sec. 5 (3) (b)* IHTR 1987), la situation est plus complexe. On va dans un premier temps calculer l'impôt qui serait dû au décès sans compter les *gifts with reservation*. Il faudra ensuite ajouter à ce montant l'impôt calculé sur les *gifts with reservation*, au taux applicable aux successions (et non à celui

¹⁰⁵ GOLDING, p. 488.

¹⁰⁶ GOLDING, p. 395.

¹⁰⁷ GOLDING, p. 395.

¹⁰⁸ Cf. *supra*, 6.1.11.

¹⁰⁹ *The Inheritance Tax (Double Charges Relief) Regulations 1987* (Royaume-Uni) du 22 juillet 1987.

qui vaut entre vifs), en déduisant l'impôt qui avait effectivement été payé au moment du transfert. Cela signifie que la franchise d'impôt sera utilisée premièrement pour couvrir les *gifts with reservation* et ce n'est que s'il en reste une partie qu'on pourra l'appliquer au reste de l'*estate*. Une fois que ces deux calculs sont faits on retiendra celui qui aboutit au résultat le plus élevé. Si c'est le premier calcul qui est retenu, on accorde un crédit d'impôt équivalent à l'impôt payé au moment du transfert il n'est cependant pas possible de dépasser le montant d'impôt attribué aux biens en question (*sec. 5 (4) IHTR 1987*).

Analysons un exemple¹¹⁰ : A constitue un trust révoicable T et y apporte des biens d'une valeur de £ 1'000'000.-. Le trust étant révoicable, le transfert est donc considéré comme un *gift with reservation*¹¹¹. Puisqu'il ne s'agit pas d'un *potentially exempt transfer*, un impôt sera perçu immédiatement. Il sera de $(£ 1'000'000 - £ 325'000) * 0.2 = £ 135'000$. Lorsque A meurt, dix ans plus tard, son *estate* a une valeur de £ 1'500'000.- la valeur des biens du trust étant désormais égale à £ 1'250'000.-. Le premier calcul donnera donc un impôt de $(£ 1'500'000 - £ 325'000) * 0.4 = £ 470'000$. Le second calcul aboutira à un impôt de : $(£ 1'000'000 - £ 325'000) * 0.4 - £ 135'000 + £ 250'000 * 0.4 = £ 235'000$. Puisque le premier calcul a un résultat plus élevé, il sera retenu. Il faudra cependant créditer l'impôt payé du vivant de A, on arrive donc à un résultat final de $£ 470'000 - £ 135'000 = £ 335'000$. Il est ici possible de déduire l'intégralité de l'impôt payé *inter vivos* car l'impôt finalement prélevé sur le *gift with reservation* est suffisamment élevé : $\frac{1'250'000}{1'500'000} * 470'000 \cong 391'666.67 > 135'000$.

6.3. L'*inheritance tax* et les trusts

6.3.1. *Interest in possession settlements*

6.3.1.1. Trusts *inter vivos*

Comme nous l'avons vu, les constitutions de trusts fixes ne sont désormais considérées comme des *potentially exempt transfers* qu'à des conditions très restrictives¹¹². Cela signifie qu'elles seront imposables immédiatement, selon le système que nous avons examiné¹¹³, sauf exceptions (notamment les *disabled trusts*¹¹⁴). Par conséquent, ces transferts ne seront pas imposables une nouvelle fois à la mort du *settlor*, sous réserve de ceux qui ont été opérés dans les sept ans qui précédaient, pour lesquels il faudra recalculer l'impôt¹¹⁵. Par ailleurs, les trusts révocables étant soumis au système des *gifts with reservation*, le décès du *settlor* aura un impact relativement lourd, comme nous l'avons vu¹¹⁶. Il en va de même des trusts desquels le *settlor* était bénéficiaire. En dehors de ces situations, le décès du *settlor* n'a aucune influence fiscale sur les biens mis en trust.

6.3.1.2. Trusts testamentaires

La situation des trusts constitués à cause de mort est beaucoup plus simple. Puisque le *settlor* décède par définition à l'instant qui suit la constitution du trust¹¹⁷, tous les mécanismes d'abattements tombent, le transfert est imposé au taux standard (*sec. 7 (4) IHTA 1984*).

¹¹⁰ L'exemple est inspiré de celui donné par CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 1264 et 1265.

¹¹¹ Cf. *supra*, 6.1.11.

¹¹² Cf. *supra*, 6.1.9.

¹¹³ Cf. *supra*, 6.2.

¹¹⁴ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 809.

¹¹⁵ Cf. *supra*, 6.2.2.

¹¹⁶ Cf. *supra*, 6.2.6.

¹¹⁷ Cf. *supra*, 6.2.1.

6.3.2. Les trusts discrétionnaires

6.3.2.1. Généralités

L'imposition des trusts discrétionnaires (appelés dans l'IHTA 1984 les « *settlements without interests in possession* ») suit le *relevant property regime*. Dans ce régime, l'impôt principal est la *ten-year charge*. Lorsque les biens sortent du trust, soit pour revenir en pleine propriété de quelqu'un soit pour entrer dans un autre trust (non-discrétionnaire), il existe aussi une *exit charge*, destinée à couvrir la période entre la dernière *ten-year charge* et la sortie des biens. On notera ici que la constitution d'un trust discrétionnaire sera toujours un événement imposable, puisqu'il ne peut jamais s'agir d'un *potentially exempt transfer*. Lorsque le trust est constitué à cause de mort, un impôt sera perçu sur les biens qui y sont transférés, au taux standard de 40%. Les trusts constitués entre vifs lorsque le *settlor* décède dans les sept ans qui suivent bénéficieront des taux réduits de la *sec. 7 (4) IHTA 1984*¹¹⁸. Comme pour les trusts fixes, si le *settlor* avait un pouvoir de révocation ou était bénéficiaire, le système des *gifts with reservation* sera applicable¹¹⁹.

6.3.2.2. La *ten-year charge*

L'idée de base de la *ten-year charge* est d'imposer les biens du trust qui sont de la *relevant property* tous les dix ans qui suivent leur mise en trust. Le taux d'imposition est calculé sur la base du taux qui serait applicable à un transfert des biens du trust par une personne ayant un *cumulative total* égal à la somme de deux éléments, conformément à la *sec. 66 (5) IHTA 1984* :

- I. le *cumulative total* du *settlor* au moment de la constitution du trust ;
- II. les montants imposés par des *exit charges*¹²⁰ au cours des dix années précédentes¹²¹.

La *sec. 66 (6) IHTA 1984* prévoit un régime spécial pour la première *ten-year charge* de trusts constitués avant le 9 mars 1982, ce qui n'est plus possible depuis maintenant plus de 30 ans, nous n'allons donc pas examiner ce traitement particulier. Une fois ce *cumulative total* hypothétique obtenu, il est nécessaire de déterminer une assiette hypothétique de l'impôt. Celle-ci correspondra une nouvelle fois à la somme de plusieurs éléments, en vertu de la *sec. 66 (4) IHTA 1984* :

- I. la valeur de la *relevant property* du trust le jour du dixième anniversaire ;
- II. la valeur de la *relevant property* d'un *related settlement*, au jour où ce dernier a été constitué ;
- III. la valeur des *same-day additions* ;
- IV. la valeur de la *relevant property* d'un autre trust au moment de sa constitution, si ce trust n'est pas un *related settlement* et que sa valeur a augmenté par une *same-day addition* comptée dans le cadre de ce total.

Dans ce contexte, la notion de *related settlement* fait référence à deux trusts constitués le même jour par le même *settlor*, sauf si l'un des deux au moins a un but purement caritatif (*sec. 62 IHTA 1984*). La notion de *same-day addition* est similaire, la situation est ici celle où des biens sont apportés le même jour à deux trusts différents qui contiennent au moins en partie de la *relevant property* (*sec. 62A (1) IHTA 1984*). Si un *settlor* apporte le même jour des biens au trust discrétionnaire qu'on veut imposer et à un autre trust, la valeur de cette *same-day addition*

¹¹⁸ Cf. *supra*, 6.2.2.

¹¹⁹ Cf. *supra*, 6.2.6.

¹²⁰ Cf. *infra*, 6.3.2.3.

¹²¹ WEBBER, p. 384.

correspondra à la différence entre la valeur de l'autre trust avant et après l'apport (*sec. 62A (2) IHTA 1984*).

Nous avons donc désormais une assiette et un *cumulative total* hypothétiques, il est donc possible de calculer l'impôt hypothétique qui serait lié à ce transfert (le transfert se ferait entre vifs, il faut donc utiliser la moitié du taux standard¹²²), et donc le taux effectif de cet impôt ($\frac{\text{impôt hypothétique}}{\text{assiette hypothétique}}$). Le taux de la *ten-year charge* correspondra aux 30% de ce taux effectif (*sec. 66 (1) IHTA 1984*). L'assiette de cet impôt sera la valeur de la *relevant property* comprise dans le trust au dixième anniversaire de sa constitution (*sec. 64 (1) IHTA 1984*). On notera à ce stade que pour le calcul de cet impôt hypothétique, le taux et la franchise à prendre en considération sont ceux qui existent au dixième anniversaire de la constitution du trust (*sec. 66 (3) (b) IHTA 1984*). Lorsque des éléments de *relevant property* n'ont pas été dans le trust pendant les dix ans, soit parce qu'ils y ont été apportés en cours de route soit parce que leur qualification a changé, le taux d'imposition de ces biens est réduit d'un quarantième par trimestre passé dans les dix dernières années avant que ces biens ne deviennent de la *relevant property* (*sec. 66 (2) IHTA 1984*).

Si le *settlor* meurt dans les sept ans qui suivent un *potentially exempt transfer* effectué avant la constitution du *trust*, ce transfert sera imposé¹²³. Cela aura donc un impact sur le *cumulative total* du *settlor* au moment de la constitution du trust¹²⁴, et donc un impact sur la *ten-year charge* que devront payer les *trustees*.

6.3.2.3. L'*exit charge*

L'*exit charge* est principalement régie par la *sec. 65 IHTA 1984*. Le principe est qu'elle est perçue dès que des biens du trusts cessent de remplir les conditions pour être de la *relevant property* (*sec. 65 (1) (a) IHTA 1984*). Cela peut notamment être le cas lors de distributions de capital aux bénéficiaires¹²⁵. L'autre situation dans laquelle l'*exit charge* est perçue est celle où les *trustees* réalisent une opération qui ne remplit pas les conditions de la *sec. 65 (1) (a) IHTA 1984* mais qui a pour effet de diminuer la valeur de la *relevant property* du trust (*sec. 65 (1) (b) IHTA 1984*). Cela peut être le cas lorsque les *trustees* concluent avec le bénéficiaire un contrat de bail portant sur des biens du trust à des conditions plus avantageuses que celles du marché¹²⁶. La *sec. 65 (9) IHTA 1984* précise que les *trustees* qui renoncent à faire valoir un droit sont considérés comme ayant réalisé une opération au sens de la *sec. 65 (1) (b) IHTA 1984*.

Il existe des cas où l'*exit charge* n'est pas perçue, même dans les situations que nous venons de voir. La *sec. 65 (4) IHTA 1984* prévoit ainsi que les opérations effectuées dans le trimestre qui suit la constitution du trust ou une *ten-year charge* sont exemptées. C'est également le cas si les biens cessent d'être de la *relevant property* parce qu'ils cessent d'être situés dans le Royaume-Uni¹²⁷ (*sec. 65 (7) IHTA 1984*) ou si l'opération effectuée avait pour but de couvrir des coûts afférant à de la *relevant property* (*sec. 65 (5) (a) IHTA 1984*). Enfin, les transactions qui créent du revenu imposable au sens de l'ITA 2007¹²⁸ (ou en créeraient si le bénéficiaire était domicilié au Royaume-Uni) sont aussi exemptées (*sec. 65 (5) (b) IHTA 1984*).

¹²² Cf. *supra*, 6.2.2.

¹²³ Cf. *supra*, 6.2.5.

¹²⁴ Cf. *supra*, 6.2.5.

¹²⁵ WEBBER, p. 396.

¹²⁶ WEBBER, p. 396.

¹²⁷ Cf. *supra*, 6.1.6. et 6.1.8.

¹²⁸ *Income Tax Act 2007* (Royaume-Uni) du 20 mars 2007.

Le calcul du taux de l'*exit charge* se rapproche de celui de la *ten-year charge*. Il faut cependant distinguer deux scénarios : celui où la distribution a lieu avant le dixième anniversaire de la constitution du trust et celui où elle a lieu après. Dans le premier cas, réglé par la *sec. 68 IHTA 1984*, on partira du taux applicable à une transaction hypothétique faite le même jour que la transaction qu'on cherche à imposer par un donateur ayant un *cumulative total* identique à celui du *settlor* le jour de la constitution du trust (*sec. 68 (4) (b) IHTA 1984*). La valeur de cette transaction sera identique à celle de la transaction hypothétique détaillée ci-dessus¹²⁹, à laquelle on ajoutera la valeur des biens qui sont devenus de la *relevant property* du trust entre sa constitution et la transaction imposée par l'*exit charge* (*sec. 68 (5) IHTA 1984*). On pourra donc à nouveau obtenir un taux effectif d'imposition de cette transaction hypothétique. Pour obtenir le taux de l'*exit charge*, il faudra multiplier ce taux hypothétique par 30% l'ajuster en fonction du nombre de trimestres écoulés depuis la constitution du trust. Ainsi, si le taux d'imposition effectif de la transaction hypothétique était de 10% et qu'une distribution a lieu après 6 ans (24 trimestres), on aura un taux d'imposition pour la distribution de $10\% * \frac{24}{40} * 30\% = 1.8\%$.

Pour les distributions effectuées après le dixième anniversaire de la constitution du trust, le calcul se base sur le taux de la dernière *ten-year charge* (appelé « *anniversary rate*¹³⁰ »), en vertu de la *sec. 69 (1) IHTA 1984*. Le taux de l'*exit charge* sera simplement l'*anniversary rate* ajusté en fonction du nombre de trimestres écoulés depuis la dernière *ten-year charge* (le mécanisme d'ajustement est identique à celui que nous avons vu pour une *exit charge* intervenant avant le dixième anniversaire du trust. Lorsque des biens sont devenus de la *relevant property* du trust entre la dernière *ten-year charge* et la transaction, il faut recalculer l'*anniversary rate* comme si ces biens avaient été de la *relevant property* à ce moment-là (*sec. 69 (2) et (2A) IHTA 1984*). L'annexe 2 § 3 IHTA 1984 règle le cas où le taux d'imposition a été baissé entre la dernière *ten-year charge* et la transaction. Dans ces circonstances, il faudra recalculer l'*anniversary rate* comme si cette baisse du taux d'imposition avait été en force au moment de la dernière *ten-year charge*.

Dans les deux cas, un ajustement est prévu si les biens distribués n'étaient pas de la *relevant property* tout au long de la période topique. Pour les *exit charges* intervenant avant le dixième anniversaire du trust, la *sec. 68 (3) IHTA 1984* prévoit que les trimestres écoulés avant que les biens ne soit devenus de la *relevant property* ne sont pas comptés. Ce mécanisme s'applique également aux *exit charges* perçues après le dixième anniversaire, par renvoi de la *sec. 69 (4) IHTA 1984*.

L'assiette de l'*exit charge* correspondra toujours à la différence de valeur de la *relevant property* comprise dans le trust, avant et après la transaction. Le décès du *settlor* a une incidence sur l'*exit charge* qui est identique à celle qu'il a sur la *ten-year charge*¹³¹.

7. Le traitement fiscal des trusts au décès du *settlor* aux États-Unis

7.1. Généralités

Avant de passer aux situations internationales, nous allons analyser un dernier système interne : celui des États-Unis. Le droit américain étant un droit fédéral, similaire au nôtre dans sa conception, il est délicat d'aborder des questions de fiscalité indirecte. Les impôts sur les

¹²⁹ Cf. *supra*, 6.3.2.2.

¹³⁰ Cf. WEBBER, p. 408.

¹³¹ Cf. *supra*, 6.3.2.2.

successions (*estate taxes* ou *inheritance taxes*, nous le verrons¹³²) sont effectivement perçus tant au niveau fédéral qu'au niveau étatique. Les systèmes des différents États ne sont par ailleurs pas harmonisés, ce qui complexifie encore la donne. Dans le cadre de ce travail nous allons nous focaliser sur le système fédéral et son application aux trusts.

7.2. Définitions

7.2.1. *Estate tax, inheritance tax et gift tax*

La notion d'*estate tax* fait référence, en droit américain, à un impôt perçu non sur les parts mais bien sur le patrimoine du *de cuius*¹³³, comme c'est le cas en droit britannique¹³⁴. À l'inverse, la notion d'*inheritance tax* renvoie à un impôt perçu sur les parts successorales reçues par chaque héritier¹³⁵. Le taux des *estate taxes* ne dépend donc que de la valeur du patrimoine du *de cuius* à son décès, alors que celui des *inheritance taxes* dépend de la valeur de la part de chaque héritier et de son lien de parenté avec le *de cuius*¹³⁶. Au niveau fédéral l'impôt sur les successions prend la forme d'une *estate tax*, qui est régie par les § 2001 ss. IRC¹³⁷. Une *gift tax* (similaire à notre impôt sur les donations) fédérale existe parallèlement à l'*estate tax*, pour couvrir les transferts *inter vivos*. Elle est régie par les § 2501 ss. IRC.

7.2.2. *Generation-skipping transfer tax*

Cette notion a été introduite en 1976, par le 1976 *Act*¹³⁸. Le but de cet impôt était de remédier à une situation dans laquelle une personne constituait un trust dont les revenus étaient destinés à ses enfants de leur vivant et passaient ensuite à leurs enfants et ainsi de suite. Avant l'introduction de la *generation-skipping transfer tax*, ce système permettait de ne payer d'impôt sur les biens mis en trust qu'au moment de la constitution (il s'agirait alors d'une *gift tax* ou d'une *estate tax*, selon que le trust est constitué à cause de mort ou entre vifs)¹³⁹. La *generation-skipping transfer tax* avait donc pour but de taxer les biens à chaque étape. Les dispositions applicables à cet impôt ont été révisées en 1986 et figurent désormais aux § 2601 ss. IRC.

7.2.3. *Gross estate et taxable estate*

Le *gross estate* est une notion importante dans le cadre de la *federal estate tax*. Elle correspond à l'intégralité des biens que possédait le *de cuius* au moment de sa mort (§ 2031 (a) IRC) qui sont transférés à cause de mort¹⁴⁰, y compris les biens dans lesquels il avait un *interest* (§ 2033 IRC). La notion d'*interest* est nébuleuse, mais elle se rapproche de celle de droit personnel que nous connaissons en droit suisse¹⁴¹. Le *gross estate* comprend également certaines polices d'assurance vie (§ 2042 IRC) ainsi que certains biens transférés entre vifs mais dont le *de cuius* avait encore la jouissance (§ 2036 IRC). Les biens transférés par le *de cuius* dans les trois ans qui ont précédé sa mort sont également compris dans le *gross estate* s'ils avaient pu remplir les conditions des § 2036 à 2038 ou 2042 IRC (§ 2035 IRC) au moment de sa mort sans ce transfert. D'autres catégories de biens sont comptées dans le *gross estate*, nous ne nous y

¹³² Cf. *infra*, 7.2.1.

¹³³ McNULTY/McCOUCH, p. 1.

¹³⁴ Cf. *supra*, 6.2.1.

¹³⁵ McNULTY/McCOUCH, p. 1.

¹³⁶ McNULTY/McCOUCH, p. 1.

¹³⁷ *Internal Revenue Code (26 U.S. Code)* (États-Unis) du 22 octobre 1986.

¹³⁸ *Tax Reform Act of 1976* (États-Unis) du 4 octobre 1976.

¹³⁹ McNULTY/McCOUCH, p. 7.

¹⁴⁰ McNULTY/McCOUCH, p. 13.

¹⁴¹ McNULTY/McCOUCH, p. 78 et 79.

attarderons pas dans le cadre de ce travail. Le *taxable estate* est calculé sur la base du *gross estate*, en y soustrayant les déductions¹⁴² autorisées (§ 2051 IRC).

7.2.4. U.S. resident

Il existe une définition de la notion de *U.S. resident* au § 7701 (b) IRC. Cette définition n'est cependant pas applicable en matière d'*estate* ou de *gift taxes*¹⁴³. Pour ces impôts une personne est traitée comme *U.S. resident* si elle a son domicile aux États-Unis (§ 20.0-1 (b) (1) 26 CFR¹⁴⁴). Cette même disposition donne une ébauche de définition de la notion de domicile. Une personne est ainsi considérée comme ayant son domicile à un endroit si elle y vit sans intention d'en repartir. Le séjour à un endroit sans intention d'y rester indéfiniment ne constitue donc pas un domicile. À l'inverse, la simple intention de quitter un domicile ne suffit pas en elle-même à en changer, il faut qu'elle soit accompagnée d'un changement effectif.

Les critères pris en compte pour déterminer l'intention d'une personne comprennent notamment les caractéristiques du foyer (notamment si la personne en est locataire ou propriétaire) et les relations de la personne au lieu en question (y-a-t-elle des hobbies, par exemple)¹⁴⁵. On part du principe que le domicile se trouve au lieu de résidence qui figure dans les papiers¹⁴⁶, mais cette présomption est réfragable. On notera enfin que le domicile peut rester inchangé même si la personne n'y séjourne pas durant un long moment¹⁴⁷.

7.3. Federal estate tax

7.3.1. Généralités

La *federal estate tax* est perçue sur le *taxable estate* de toute personne de nationalité américaine ou considérée comme *U.S. resident* (§ 2001 (a) IRC). Un impôt est également perçu lorsque le *de cuius* n'est ni citoyen américain ni *U.S. resident*, il ne frappe dans ces cas que les biens situés aux États-Unis (§ 2101 et 2106 IRC). Le § 2104 IRC donne quelques précisions sur la notion de bien situé aux États-Unis. Les actions émises par des sociétés américaines sont ainsi considérées comme situées aux États-Unis (§2104 (a) IRC), tout comme les créances contre le gouvernement des États-Unis (ou celui d'une subdivision politique) ou contre une *U.S. person*. Cette dernière notion regroupe les citoyens américains, les *U.S. residents*, les sociétés américaines ainsi que quelques autres entités américaines (§ 7701 (a) (30) IRC). Le § 2105 IRC décrit quelques biens qui ne doivent pas être considérés comme situés aux États-Unis, c'est notamment le cas des œuvres d'art prêtées à un musée pour y être exposées (§ 2105 (c) IRC). Il est important de noter que les biens transférés par le *de cuius* dans les trois ans précédant son décès qui remplissent les conditions des § 2035 à 2038 IRC¹⁴⁸ et qui étaient situés aux États-Unis au moment du transfert sont également imposables (§ 2104 (b) IRC).

Le taux d'imposition est progressif, il est prévu dans un tableau au § 2001 (c) IRC. Pour la détermination de l'impôt, le calcul est complexe. Il faut commencer par obtenir une première *tentative tax*, en prenant une assiette correspondant au *taxable estate* plus les *adjusted taxable gifts* (§ 2001 (b) (1) IRC). Cette dernière notion correspond aux libéralités imposables¹⁴⁹ faites par le *de cuius* de son vivant après le 31 décembre 1976 dont la valeur n'est pas comptée dans

¹⁴² Cf. *infra*, 7.3.3.

¹⁴³ MCDANIEL/AULT/REPETTI, p. 200.

¹⁴⁴ *Title 26 of the Code of Federal Regulations* (États-Unis) du 16 août 1954.

¹⁴⁵ BAUEN/GANI, p. 260.

¹⁴⁶ BAUEN/GANI, p. 260.

¹⁴⁷ BAUEN/GANI, p. 260.

¹⁴⁸ Cf. *supra*, 7.2.3. et *infra*, 7.3.2.

¹⁴⁹ Cf. *infra*, 7.4.

le *gross estate* (§ 2001 (b) IRC). Une fois qu'on a cette première *tentative tax*, il faudra en soustraire une seconde *tentative tax*, dont l'assiette sera cette fois le total des libéralités entre vifs faites par le *de cuius* après le 31 décembre 1976 (§ 2001 (b) (2) IRC). Cette différence est appelée l'*estate's tax liability*¹⁵⁰. Il ne s'agit cependant pas là du montant final de l'impôt, il sera en effet possible de faire valoir certains crédits en compensation de ce montant¹⁵¹, nous les examinerons plus loin¹⁵².

7.3.2. Les § 2036 à 2038 IRC et leur application aux trusts

Nous avons déjà mentionné que la détermination du *gross estate* est complexe, puisqu'il faut y inclure un grand nombre de biens¹⁵³. Nous allons nous pencher ici sur trois catégories de biens à inclure, prévues aux § 2036 à 2038 IRC. Ces dispositions traitent de transferts considérés comme incomplets, qui ne sont en réalité achevés qu'au moment de la mort du *de cuius*¹⁵⁴.

7.3.2.1. Le § 2036 IRC

Le § 2036 (a) IRC prévoit que les biens transférés par le *de cuius* entre vifs sont inclus dans le *gross estate* si ce dernier en avait gardé la jouissance ou les fruits (§ 2036 (a) (1) IRC) ou s'il avait encore un droit d'en désigner les bénéficiaires, et ce même si ce droit était partagé (§ 2036 (a) (2) IRC). Le § 2036 (b) (1) IRC précise que le fait de garder les droits de vote liés à des actions est traité comme un maintien de la jouissance.

7.3.2.2. Le § 2037 IRC

Le § 2037 IRC inclut dans le *gross estate* les biens transférés par le *de cuius inter vivos* à deux conditions cumulatives (§ 2037 (a) IRC) :

- I. la propriété ou la jouissance des biens ne peut être acquise par le donataire que s'il survit au *de cuius* ;
- II. le *de cuius* doit avoir gardé jusqu'à sa mort un « *reversionary interest* » d'une valeur de plus de 5% de celle du bien transféré.

La notion de *reversionary interest* est définie au § 2037 (b) IRC : il faut que le bien transféré (et non seulement ses fruits) soit susceptible de revenir au donateur ou soit sujet à son pouvoir de disposition. La valeur du *reversionary interest* se calcule selon les tables de mortalité et les principes d'actualisation prévues au § 20.2031-7 (d) 26 CFR. Enfin, la valeur sur laquelle l'inclusion prévue par le § 2037 (a) IRC n'est pas facile à cerner. Il s'agira en principe de l'entier de la valeur des biens transférés, moins la valeur d'éventuels intérêts sur lesquels le décès du *de cuius* n'a aucune influence (§ 20.2037-1 (d) 26 CFR).

7.3.2.3. Le § 2038 IRC

Le § 2038 IRC traite des transferts révocables. Nous n'allons pas aborder les règles concernant les transferts effectués jusqu'au 22 juin 1936, qui ont une importance pratique de plus en plus faible. Lorsque le *de cuius* avait encore, dans les trois ans qui ont précédé son décès, un pouvoir de révocation sur un transfert de biens effectué après le 22 juin 1936, ces valeurs seront incluses dans son *gross estate* (§ 2038 (a) (1) IRC). On notera que la notion de pouvoir de révocation est comprise de manière très large. Il n'est en effet pas nécessaire que le *de cuius* soit seul à

¹⁵⁰ McNULTY/McCOUCH, p. 42.

¹⁵¹ McNULTY/McCOUCH, p. 42.

¹⁵² Cf. *infra*, 7.3.4.

¹⁵³ Cf. *supra*, 7.2.3.

¹⁵⁴ McNULTY/McCOUCH, p. 150.

posséder ce pouvoir, qui peut par ailleurs être limité à un simple changement des conditions du transfert¹⁵⁵. À l'inverse, si les pouvoirs gardés par le *de cuius* dépendent d'évènements externes hors de son contrôle, le § 2038 IRC ne pourra pas s'appliquer¹⁵⁶.

7.3.2.4. Les potentiels conflits

Il semble qu'il existe un chevauchement entre les règles des § 2036 (a) (2) et 2038 IRC¹⁵⁷. Ce chevauchement n'est cependant pas total, un pouvoir de désigner le moment auquel le bénéficiaire obtiendra la jouissance (mais pas le principe), ne sera peut-être pas considéré comme remplissant les conditions du § 2036 (a) (2) IRC, mais il remplira les conditions du § 2038 IRC¹⁵⁸. L'importance pratique de ces nuances n'est pas négligeable, puisque les valeurs visées par les § 2036 (a) (2) et 2038 IRC ne sont pas toujours identiques¹⁵⁹.

7.3.2.5. Les trusts

Ces différentes dispositions ont des incidences importantes lorsque des trusts entrent en jeu. Commençons par analyser l'impact du § 2036 IRC sur les trusts. Il est évident que si le *settlor* se désigne lui-même comme bénéficiaire du trust ou s'il en est *trustee*, on considérera qu'il a gardé la jouissance des biens du trust. Dans ces cas, les biens du trust seront donc compris dans le *gross estate* du *settlor*. Cette inclusion est bien entendu limitée à la valeur de l'intérêt du *settlor* sur les biens du trust (§ 2036 (a) IRC). Le § 20.2036-1 (b) (3) 26 CFR prévoit que le § 2036 (a) (2) IRC est applicable si un *settlor* se réserve le droit de révoquer les pouvoirs d'un *trustee* et de le remplacer.

Le § 2037 IRC s'appliquera notamment aux trusts qui prévoient un bénéficiaire pour les fruits jusqu'à la mort du *settlor* et un bénéficiaire final qui recevrait le capital à ce moment-là, s'il a est encore en vie¹⁶⁰. Le transfert du *settlor* au bénéficiaire final remplirait alors les conditions du § 2037 (a) IRC, si la valeur du *reversionary interest* du *settlor* est suffisante (§ 2037 (a) (2) IRC).

Enfin, le § 2038 IRC s'applique bien sûr aux trusts révocables. Le résultat est identique si le *settlor* se réserve le droit de désigner de nouveaux bénéficiaires ou de modifier les intérêts des bénéficiaires existants¹⁶¹. Par ailleurs, le § 20.2038-1 (a) (3) 26 CFR prévoit que, dans un cas où le *settlor* n'est pas lui-même *trustee* mais conserve le pouvoir de révoquer le mandat *trustee* et de le reprendre lui-même, le § 2038 IRC sera applicable. Ce mécanisme est identique à celui du § 20.2036-1 (b) (3) 26 CFR.

7.3.3. Déductions

Comme nous l'avons mentionné¹⁶², l'assiette de la *federal estate tax* est le *taxable estate*. Pour arriver à ce *taxable estate*, il faut déduire un certain nombre de choses du *gross estate*. Nous allons ici brièvement examiner les principales déductions à opérer, qui sont prévues par les § 2053 ss. IRC. Le § 2053 IRC permet premièrement de déduire les dettes qui n'ont pas déjà été prises en compte dans le calcul du *gross estate*¹⁶³. Le § 2055 IRC traite des libéralités à cause

¹⁵⁵ McNULTY/McCOUCH, p. 166.

¹⁵⁶ McNULTY/McCOUCH, p. 167 et 168.

¹⁵⁷ McNULTY/McCOUCH, p. 170.

¹⁵⁸ McNULTY/McCOUCH, p. 176.

¹⁵⁹ McNULTY/McCOUCH, p. 176 ss.

¹⁶⁰ McNULTY/McCOUCH, p. 182.

¹⁶¹ McNULTY/McCOUCH, p. 166.

¹⁶² Cf. *supra*, 7.2.3.

¹⁶³ McNULTY/McCOUCH, p. 348.

de mort faites à des institutions d'utilité publique, à une division politique des États-Unis (le gouvernement fédéral, un État particulier voire une commune) ou à un candidat à une élection, notamment. Ces règles sont limitées par le § 2055 (e) (2) IRC, qui vise à éviter qu'un *de cuius* constitue à cause de mort un trust dont les revenus sont attribués à une personne privée jusqu'à sa mort, moment auquel le reste du capital revient à une institution visée par le § 2055 (a) IRC, en particulier lorsque les *trustees* ont un large pouvoir de distribution de capital au bénéficiaire initial¹⁶⁴. Avant l'adoption de ces règles limitatives, ce mécanisme permettait d'obtenir une déduction bien plus importante que le montant qui serait à terme reçu par l'institution d'utilité publique¹⁶⁵. Le § 2058 IRC autorise les déductions des impôts successoraux payés à des États sur des biens compris dans le *gross estate*.

Nous allons analyser de manière un peu plus approfondie la déduction relative aux libéralités entre époux, qui figure au § 2056 (a) IRC. La règle de base est que les libéralités faites au conjoint survivant sont déduites du *gross estate* et ne sont donc pas taxées. Il existe cependant certaines limites, celle qui nous intéresse ici est prévue au § 2056 (d) IRC : la déduction n'est pas possible si le conjoint survivant n'est pas citoyen américain, sauf si la libéralité est faite sous forme de *qualified domestic trust*. Cette notion est définie au § 2056A IRC, un trust sera donc considéré comme un *qualified domestic trust* aux conditions suivantes :

- I. un *trustee* au moins doit être citoyen américain (ou une personne morale sise aux États-Unis) et doit pouvoir percevoir à chaque distribution l'impôt dû aux États-Unis ;
- II. l'exécuteur testamentaire du *de cuius* soumet le trust au régime prévu pour les *qualified domestic trusts*.

Lorsque le *de cuius* fait une libéralité à son conjoint survivant par un tel instrument, l'impôt n'est pas perçu au moment du décès du *de cuius* (§ 2056 (d) (2) IRC), mais au moment des distributions du trust (§ 2056A (b) IRC). L'idée de tout ce système est de garantir qu'un impôt sera perçu sur les biens transférés, à un moment ou un autre. Si le conjoint survivant est citoyen américain, ce moment sera au plus tard son décès, sinon ce sera le décès du *de cuius*, voire les distributions du trust.

7.3.4. Les *credits against tax*

Une fois que l'*estate tax liability*¹⁶⁶ est calculée, il est possible de déterminer la dette d'impôt finale liée à une succession en déduisant de ce montant les *credits against tax* disponibles. Ces derniers sont prévus par les § 2010 ss. IRC. Le plus important d'eux est le *unified credit* du § 2010 IRC. Le calcul du montant de ce crédit (*applicable credit amount*) est délicat. Il part du montant de \$ 5'000'000.-, le *basic exclusion amount* (§ 2010 (c) (3) (A) IRC), qui est doublé pour les successions ouvertes entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2025 (§ 2010 (c) (3) (C) IRC). Ce montant est ensuite ajusté pour tenir compte de l'inflation (§ 2010 (c) (3) (B) IRC), il est par exemple de \$ 12'060'000.- en 2022¹⁶⁷. Le résultat ainsi obtenu est ensuite ajouté, cas échéant, au *deceased spousal unused exclusion amount* pour obtenir l'*applicable exclusion amount* (§ 2010 (c) (2) IRC). La notion de *deceased spousal unused exclusion amount* est définie au § 2010 (c) (4) IRC. L'idée est de permettre aux personnes dont le conjoint est décédé après le 31 décembre 2010 de bénéficier de la part de l'exemption qui n'avait pas été utilisée à l'époque par le conjoint. Le *deceased spousal unused exclusion amount* est donc égal au montant le moins élevé entre :

¹⁶⁴ McNULTY/McCOUCH, p. 362.

¹⁶⁵ McNULTY/McCOUCH, p. 362 et 363.

¹⁶⁶ Cf. *supra*, 7.3.1.

¹⁶⁷ IRS.

- I. le *basic exclusion amount* ;
- II. la différence entre l'*applicable exemption amount* du conjoint prédécédé et le montant sur lequel la *tentative tax* de ce conjoint avait été calculé selon le § 2001 (b) (1) IRC¹⁶⁸.

Une fois la somme du *basic exclusion amount* et du *deceased spousal unused exclusion amount* effectuée, on pourra calculer l'*applicable credit amount*. Il sera égal à une *tentative tax* calculée sur la base de l'*applicable exclusion amount* selon le tableau du § 2001 (c) IRC (§ 2010 (c) (1) IRC).

D'autres crédits existent, c'est notamment le cas des *gift taxes* perçues sur des transferts de biens qui sont finalement compris dans le *gross estate* (§ 2012 IRC) et des *federal estate taxes* perçues sur des biens dévolus à cause de mort au *de cuius* dans les dix ans qui ont précédé son décès (§ 2013 IRC). Le § 2014 IRC permet également de déduire les impôts successoraux payés dans d'autres pays sur des biens qui sont compris dans le *gross estate*.

7.3.5. Les trusts

Nous avons déjà mentionné les trusts à quelques reprises, et nous aurons l'occasion d'en reparler lorsque nous aborderons les *federal gift taxes* et *generation-skipping taxes* plus tard¹⁶⁹, nous allons donc nous contenter ici de faire une synthèse de la situation des trusts en matière de *federal estate tax*. Globalement, il y a de fortes chances que les biens mis en trust soient compris dans le *gross estate* par les mécanismes des § 2036 à 2038 IRC et donc imposés¹⁷⁰. Il nous semble cependant que les trusts irrévocables constitués par un *settlor* qui n'a gardé aucune prérogative sur les biens devraient être exclus du *gross estate* et donc éviter l'imposition à la mort du *settlor*.

7.4. Federal gift tax

Nous avons désormais pu voir dans les grandes lignes le fonctionnement de la *federal estate tax*, nous allons à présent effectuer un bref survol de la *federal gift tax*.

7.4.1. Généralités

Comme nous l'avons déjà mentionné, la *federal gift tax* est le pendant de la *federal estate tax* pour les transferts *inter vivos*¹⁷¹. Les dispositions en la matière sont aux § 2501 ss. IRC. L'impôt est perçu sur tous les transferts entre vifs à titre gratuit (§ 2501 IRC). Le § 2511 (a) IRC pose cependant une limite à ce principe : lorsque le donateur n'est ni citoyen américain ni *U.S. resident*, l'impôt n'est dû que si le bien transféré se trouve aux États-Unis. Les biens incorporels sont censés être situés aux États-Unis aux conditions alternatives du § 2511 (b) IRC. Ces conditions sont très similaires à celles qui valent pour la *federal estate tax*¹⁷². Les transferts de biens incorporels par un donateur qui n'est ni citoyen américain ni *U.S. resident* ne sont imposables qu'aux conditions du § 2501 (a) (3) IRC. Il faut que le donateur ait perdu la nationalité américaine dans les dix ans qui précèdent le transfert dans le but d'éviter l'impôt¹⁷³.

Le taux de la *federal gift tax* est basé sur le même tableau que celui de la *federal estate tax* (§ 2502 (a) IRC). Le calcul de l'impôt dû est fait en deux parties. Il faut d'abord calculer une *tentative tax* en fonction du tableau du § 2001 (c) IRC et d'une assiette correspondant à la somme de toutes les donations imposables effectuées par le donateur jusqu'à la fin de l'année

¹⁶⁸ Cf. *supra*, 7.3.1.

¹⁶⁹ Cf. *infra*, 7.4. et 7.5.

¹⁷⁰ Cf. *supra*, 7.3.2.

¹⁷¹ McNULTY/McCOUCH, p. 14 et 15.

¹⁷² Cf. *supra*, 7.3.1.

¹⁷³ McNULTY/McCOUCH, p. 46 et 47.

en cours (§ 2502 (a) (1) IRC). Il faut ensuite soustraire à ce montant une seconde *tentative tax* calculée sur la base du même tableau, mais cette fois d'une assiette égale à la somme des donations imposables effectuées par le donateur jusqu'à la fin de l'année qui précède (§ 2502 (a) (2) IRC). La différence entre ces deux montants sera l'impôt dû. Il est intéressant de noter que le § 2502 (c) IRC met l'impôt à la charge du donateur, contrairement au système vaudois (art. 18 al. 2 LMSD).

7.4.2. Exemptions et déductions

Le § 2503 (a) IRC prévoit que les donations imposables correspondent à la somme des donations effectuées durant l'année, moins les déductions autorisées. Le § 2503 (b) IRC accorde cependant une franchise annuelle. Cette franchise s'applique « par donataire », ce qui signifie que si un même donateur fait un cadeau inférieur à cette franchise à 100 personnes différentes, aucun de ces dons ne sera imposé. Le montant de base de cette franchise est de \$ 10'000.-, mais il est ajusté pour tenir compte de l'inflation. En 2022, il se monte à \$ 16'000.-¹⁷⁴. On notera ici que les donations faites par des personnes mariées sont considérées comme faites par les deux époux, chacun pour une moitié, tant que les deux époux y consentent (§ 2513 (a) IRC). Cela signifie donc que le montant prévu par le § 2503 (b) IRC est doublé pour les donations faites par des couples mariés¹⁷⁵. Il existe d'autres biens exclus de la somme du § 2503 (a) IRC, ils sont prévus aux § 2503 (c) à (g) IRC, nous ne nous y arrêtons pas.

Les citoyens américains et *U.S. residents* bénéficient par ailleurs d'un *unified credit against tax* pour la *federal gift tax* (§ 2505 IRC). Il est basé sur le *unified credit against tax* du § 2010 (c) IRC (§ 2505 (a) (1) IRC). On déduit cependant de ce montant la somme des montants qui auraient été allouables pour les années précédentes (qui sont donc calculés en fonction des donations effectivement faites durant ces années), en vertu du § 2505 (a) (2) IRC.

Enfin, les § 2522 et 2523 IRC prévoient expressément que les donations entre époux (§ 2523 IRC) et les donations à des institutions d'utilité publique (§ 2522 IRC) sont déductibles de l'assiette de l'impôt.

7.4.3. Les trusts

Le § 2511 (a) IRC spécifie qu'une *federal gift tax* est perçue sur les transferts à des trusts. Cela signifie que la constitution d'un trust, quel qu'il soit, sera considérée comme une donation imposable. Cela pourra avoir des retombées fiscales à la mort du *settlor* si les biens mis en trust sont inclus dans son *gross estate*¹⁷⁶, puisque la *federal gift tax* perçue au moment du transfert sera récupérable sous forme de crédit (§ 2012 IRC).

Nous allons enfin examiner le cas particulier de l'application du § 2523 IRC aux constitutions de trusts. L'état de fait sur lequel la réflexion se base est le suivant : un époux constitue un trust qui va distribuer les revenus à son conjoint durant une période donnée, à l'issue de laquelle le capital reviendra à quelqu'un. Dans ce cas, le § 2523 (b) (2) IRC prévoit que si la personne à qui le capital revient est nommée par le *settlor* après la constitution du trust, cette constitution ne sera pas considérée comme un transfert entre époux. La solution sera identique si, dès le départ, la personne à qui le capital revient est nommée et qu'il s'agit soit du *settlor* soit d'un tiers (§ 2523 (b) (1) IRC). Il faut cependant nuancer ceci : si l'intérêt du conjoint est destiné à durer pour le reste de sa vie, cet intérêt peut être déduit en vertu du § 2523 (a) IRC s'il remplit en outre les conditions du § 2523 (e) IRC :

¹⁷⁴ IRS.

¹⁷⁵ McNULTY/MCCOUCH, p. 49.

¹⁷⁶ Cf. *supra*, 7.3.2.

- I. les revenus sont distribués au moins annuellement ;
- II. le conjoint donataire peut en tout temps attribuer l'intégralité de son intérêt à sa succession ou à lui-même ;
- III. il est seul à pouvoir exercer ce pouvoir.

Une autre nuance au système du § 2523 (b) IRC est apportée par le § 2523 (g) IRC : si le seul autre bénéficiaire possible du trust est une institution d'utilité publique au sens du § 170 (c) IRC, la valeur de l'intérêt attribué au conjoint sera déductible.

7.5. *Generation-skipping transfer tax*

La *generation-skipping transfer tax* est le dernier impôt américain que nous allons examiner. Il s'agit d'un impôt complexe mais très important en matière de trusts.

7.5.1. Généralités

La *generation-skipping transfer tax* est régie par les § 2601 ss. IRC. Il est important de préciser que ces dispositions font références à la génération de l'aliénateur. Cet aliénateur sera la personne qui se sépare initialement des biens, à cause de mort ou entre vifs. La *generation-skipping transfer tax* est perçue sur tous les *generation-skipping transfers* (§ 2601 IRC). Cette notion est définie par le § 2611 (a) IRC, elle inclut donc trois catégories de transferts : les *taxable distributions*, les *taxable terminations* et les *direct skips*. Avant d'examiner ces trois notions, nous allons commencer par distinguer deux types de personnes : les *skip persons* et les *non-skip persons*.

7.5.1.1. *Skip et non-skip persons*

C'est le § 2613 IRC qui fait cette distinction. Les *skip persons* sont les personnes physiques situées deux générations ou plus après l'aliénateur et les trusts, si les seuls bénéficiaires sont des *skip persons* ou s'il n'y a pas de bénéficiaire et qu'aucune distribution (y compris au moment de la liquidation du trust) ne peut être faite à une *non-skip person* (§ 2613 (a) IRC). Les *non-skip persons* sont bien sûr toutes les personnes qui ne sont pas des *skip persons* (§ 2613 (b) IRC). La génération à laquelle une personne appartient est donnée par le § 2651 IRC. Il faut distinguer selon que la personne est de la famille de l'aliénateur ou non. Une personne est considérée comme étant de la famille de l'aliénateur si elle descend d'un de ses grands-parents ou d'un des grands-parents de son conjoint (§ 2651 (b) IRC). La différence générationnelle entre ces personnes et l'aliénateur est calculée en se référant à l'ascendant commun. On va donc prendre le nombre de générations entre l'ascendant commun et la personne concernée et y soustraire le nombre de générations entre l'ascendant et l'aliénateur. Les époux sont toujours considérés comme faisant partie de la même génération (§2651 (c) IRC). Pour les personnes qui ne sont pas de la même famille que l'aliénateur, le § 2651 (d) IRC prévoit que les personnes nées dans les 12 ans et demi après l'aliénateurs font partie de sa génération. Les générations suivantes correspondent à des tranches de 25 ans. Enfin, les descendants de l'aliénateur dont un des parents est décédé (au moment de l'aliénation initiale) sont assignés à la génération de ce parent (§ 2651 (e) (1) IRC). Ce mécanisme peut couvrir plusieurs générations, par exemple dans le cas d'un arrière-petit-fils de l'aliénateur, si le fils et le petit-fils sont prédécédés¹⁷⁷. Ce système est potentiellement applicable aux descendants des parents de l'aliénateur (ou de son conjoint), mais seulement si l'aliénateur n'avait pas de descendants directs (§ 2651 (e) (2) IRC).

¹⁷⁷ McNULTY/McCOUCH, p. 60.

7.5.1.2. Les trois catégories de transfert

Les catégories de transferts visées par le § 2611 (a) IRC sont définies par le § 2612 IRC. Il y a ainsi *taxable termination* lorsque l'intérêt d'un bénéficiaire à un trust prend fin, sauf si cet intérêt est immédiatement remplacé par celui d'une *non-skip person* ou que le trust ne peut à aucun moment après la fin de cet intérêt faire des distributions à des *skip persons* (§ 2612 (a) IRC). La notion de *direct skip* fait référence aux transferts à une *skip person* (§ 2612 (c) IRC). Enfin, les distributions faites à des *skip persons* qui ne sont ni des *taxable terminations* ni des *direct skips* sont des *taxable distributions* (§ 2612 (b) IRC). La notion d'intérêt à un trust est spécialement définie par le § 2652 (c) (1) (A) IRC, qui indique qu'une personne a un intérêt à un trust si elle a un droit d'en recevoir des revenus ou du capital. Le § 2652 (c) (2) IRC permet d'écarter les intérêts qui ne visent qu'à éviter une imposition.

7.5.2. Le calcul de l'impôt

La formule de calcul est prévue par le § 2602 IRC, on multiplie le montant imposable par le taux applicable. Ces deux éléments sont cependant parfois difficiles à calculer. Commençons par le montant imposable, régi par les § 2621 ss. IRC. Pour les *direct skips*, il est aisément calculable : il s'agit de la valeur reçue par le donataire (§ 2623 IRC). Pour les *taxable distributions*, il s'agit de la somme valeur reçue par le donataire, moins les frais liés à la distribution, ce qui comprend notamment l'impôt lui-même (§ 2621 (a) IRC). Enfin, pour les *taxable terminations*, il faut prendre en compte la valeur de tous les biens sur lesquels l'intérêt prend fin, mais les déductions prévues par le § 2053 IRC (les frais, dettes et taxes liés à ces biens) sont possibles (§ 2622 IRC).

Pour obtenir le taux applicable, on part du taux maximal de la *federal estate tax* (au moment du transfert imposé, selon le § 2001 (c) IRC) et on l'ajuste en utilisant un *inclusion ratio* (§ 2641 IRC). Le calcul de l'*inclusion ratio* est donné par le § 2642 IRC, il est relativement complexe. Il faut commencer par déterminer l'*applicable fraction* du transfert. Cette fraction aura pour numérateur le montant d'exemption alloué au trust ou aux biens transférés par *direct skip* (§ 2642 (a) (2) (A) IRC). L'exemption est régie par le § 2631 IRC. Il s'agit d'un montant à la disposition de l'aliénateur, qu'il peut allouer à toute valeur qu'il transfère (§ 2631 (a) IRC). Le montant est égal à celui du *basic exclusion amount*¹⁷⁸ (§ 2631 (c) IRC). L'aliénateur peut allouer ce montant comme il l'entend (§ 2632 (a) IRC), mais il est réputé l'allouer à toute libéralité entre vifs qui constitue un *direct skip* (§ 2632 (b) IRC) ou qui est faite à un *generation-skipping trust* (§ 2632 (c) IRC). Un *generation-skipping trust* est un trust qui pourrait donner lieu à des *generation-skipping transfers* (§ 2632 (c) (3) (B) IRC). Il existe quelques exceptions, principalement lorsque des *non-skip persons* ont un droit sur au moins un quart du capital du trust (§ 2632 (c) (3) (B) (i) ss. IRC). L'aliénateur peut cependant ne rien allouer de son montant d'exemption à ces transferts (§ 2632 (b) (3) et (c) (5) IRC). Comme pour la franchise de la *federal gift tax*¹⁷⁹, les conjoints peuvent traiter les donations comme si elles étaient faites par chaque époux pour la moitié, et donc doubler le montant d'exemption (§ 2652 (a) (2) IRC). Enfin, le § 2632 (e) IRC prévoit que si un *de cujus* dispose encore d'un montant inutilisé, il sera alloué en priorité aux valeurs qui font l'objet d'un *direct skip* puis aux trusts qui pourraient donner lieu à des *taxable terminations* ou *distributions*.

Le dénominateur de l'*applicable fraction* sera égal à la différence entre la valeur des biens mis en trust (ou transférés par *direct skip*) et de deux montants : la *federal estate* ou *gift tax* perçue sur ces biens (payés par le trust) et les *charitable deductions* autorisées sur ces biens au sens des § 2055 ou 2522 IRC (§ 2042 (a) (2) (B) IRC). Il est évident que les deux montants soustraits

¹⁷⁸ Cf. *supra*, 7.3.4.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, 7.4.2.

ne sont pas présents dans la formule pour les *direct skips*. En résumé, la formule est la suivante :
$$inclusion\ ratio = 1 - \frac{\text{Montant d'exemption alloué aux biens concernés}}{\text{Valeur des biens} - \text{impôts perçus} - \text{charitable deductions}}$$
. On comprend donc aisément que si l'aliénateur a alloué aux biens un montant d'exemption équivalent à leur valeur, l'*inclusion ratio* sera nul. Il est important de remarquer que le calcul de l'*inclusion ratio* d'un trust est toujours fait au moment de sa constitution, une éventuelle appréciation de valeur postérieure n'y aura donc aucune influence. Cela permet notamment d'utiliser un montant d'exemption relativement modeste pour permettre de couvrir une somme qui sera le moment venu bien plus grande¹⁸⁰. L'*inclusion ratio* d'un trust sera toutefois recalculé si de nouveaux transferts sont faits en sa faveur après sa constitution (§ 2642 (d) (1) IRC). Le changement aura lieu au niveau de l'*applicable fraction*. On devra en effet prendre comme numérateur la somme du montant d'exemption alloué aux valeurs transférées (par le transfert postérieur à la constitution du trust) et de la *nontax portion* (§ 2642 (d) (2) (A) IRC). La *nontax portion* est simplement égale à la multiplication de la valeur du trust juste avant le transfert par son *inclusion ratio* (§ 2642 (d) (3) IRC). Le dénominateur de cette portion est calculé de manière identique au cas général, mais en ne prenant en compte que les valeurs transférées et en y ajoutant la valeur totale des biens du trust avant le transfert (§ 2642 (d) (2) (B) IRC).

Enfin, le taux applicable au transfert sera simplement égal au taux maximal selon le § 2001 (c) IRC multiplié par l'*inclusion ratio* applicable. On retiendra donc que si l'*inclusion ratio* est nul, le taux le sera également et aucun impôt ne sera donc perçu.

7.5.3. Les contribuables

C'est le § 2603 (a) IRC qui désigne les contribuables. Il faut distinguer selon la catégorie de transfert imposée. En matière de *direct skip*, l'impôt sera donc dû par l'aliénateur s'il n'est pas fait par un trust (§ 2603 (a) (3) IRC). Pour les *taxable distributions* et les *direct skips* faits par des trusts, l'impôt doit être payé par le *trustee* (§ 2603 (a) (2) IRC). Enfin, pour les *taxable terminations*, l'impôt est payé par le bénéficiaire qui reçoit les valeurs.

Cela a une influence majeure, nous allons le voir au travers de certains exemples. Pour simplifier, nous considérerons que dans ces exemples, l'*inclusion ratio* est égal à 1. Par ailleurs, nous ne prendrons en compte aucune déduction. Commençons par analyser le cas d'un *direct skip* : une personne fait un don de \$1'000'000.- à son petit-fils, ce montant sera taxé à un taux de 40% (§ 2641 et 2001 (c) IRC). L'impôt dû sera donc de \$ 400'000.-. Comme nous venons de le voir, le contribuable sera le grand-père (§ 2603 (a) (3) IRC), qui aura donc en fin de compte déboursé \$1'400'000.- pour que son petit-fils puisse obtenir \$ 1'000'000.-¹⁸¹.

Analysons ensuite le cas où un trust ayant une valeur de \$ 1'000'000.- prend fin en faveur d'une *skip person*. Il y aura une *taxable termination*, l'impôt dû sera également de \$ 400'000.-. Cet impôt devra être payé par la personne qui reçoit ce montant, qui ne pourra donc en réalité jouir que de \$ 600'000.-. Pour qu'elle ait pu jouir d'un montant de \$ 1'000'000.-, il aurait fallu que le trust ait une valeur de \$ 1'666'666.67 ($1'666'666.67 - 40\% * 1'666'666.67 \cong 1'000'000$)¹⁸².

Prenons enfin le cas où un trust fait une distribution d'un montant de \$1'000'000.- à une *skip person*. Le § 2621 (b) IRC prévoit que si l'impôt dû (qui sera donc ici aussi de \$ 400'000.-) est payé par des biens du trust, il sera également compté comme une *taxable distribution*. Pour permettre à la personne de recevoir effectivement \$ 1'000'000.-, il faudrait donc en réalité que

¹⁸⁰ McNULTY/McCOUCH, p. 71.

¹⁸¹ McNULTY/McCOUCH, p. 64.

¹⁸² McNULTY/McCOUCH, p. 65.

le trust débourse \$ 1'666'666.67. Le calcul est donc identique à celui qui vaut pour les *taxable terminations*.

On remarque donc qu'il est fiscalement nettement plus intéressant de procéder à des *direct skips* qu'à des *taxable terminations* ou *distributions*, puisqu'il faudra moins déboursier pour que le bénéficiaire reçoive en fin de compte le même montant¹⁸³.

8. Introduction aux CDI

8.1. Généralités

Avant d'examiner en détail le traitement fiscal des trusts au décès du *settlor* dans des situations internationales, il paraît essentiel de passer en revue quelques notions générales sur les conventions contre la double imposition. Il est en premier lieu important de rappeler que si les conventions contre la double imposition sont fréquentes en matière d'impôts directs, elles le sont beaucoup moins en matière d'impôts successoraux. Il n'en existe que 8 qui lient actuellement la Suisse. Certaines reposent sur la convention modèle de l'OCDE, avec quelques modifications (c'est par exemple le cas de la CDI-UK), alors que d'autres ne se basent sur aucun modèle (comme la CDI-US). Toutes ces conventions suivent un grand principe : elles ne peuvent pas créer de nouveaux droits d'imposition, elles sont purement restrictives. Cela signifie que leur rôle est simplement de répartir les droits d'imposition entre les pays, l'imposition qui suivra se fera selon le droit interne de l'État habilité à taxer.

8.2. Le modèle OCDE

La convention modèle de l'OCDE repose sur une structure très simple : elle commence par lister les successions visées (art. 1 CM OCDE) puis les impôts visés (art. 2 CM OCDE). L'art. 3 CM OCDE donne des définitions générales et l'art. 4 CM OCDE définit plus précisément la notion de domicile fiscal. Les art. 5 à 8 CM OCDE répartissent les droits de taxation entre les deux pays, selon les catégories de biens. Les art. 9A et 9B traitent de la méthode d'élimination de la double imposition (crédit ou exemption), les conventions basées sur le modèle ne reprendront bien sûr qu'un des deux articles.

9. Les principaux mécanismes des CDI-UK et CDI-US

Un bref survol des principaux mécanismes d'application des deux conventions qui vont nous intéresser semble important. La complexité des deux textes est telle qu'il serait difficile de bien comprendre les développements qui suivront¹⁸⁴ sans une brève introduction.

9.1. La CDI-UK

9.1.1. Généralités

La CDI-UK suit globalement le modèle de l'OCDE. Elle s'applique aux successions lorsque le défunt était domicilié dans un des deux pays contractants au moins. La première difficulté de cette Convention est sa définition de la notion de domicile : elle renvoie au droit interne des États contractants (art. 4 al. 1 CDI-UK). Nous avons déjà passé en revue les différents types de domiciles prévus par le droit britannique et leur importance en matière d'impôt sur les successions¹⁸⁵. Dans les cas où le *de cuius* est considéré comme domicilié dans les deux États par les droits internes, l'art. 4 al. 2 CDI-UK prévoit un certain nombre de *tie-breaker rules*, qui ont pour but d'arrêter un seul domicile pour l'application des dispositions suivantes. Ces

¹⁸³ McNULTY/MCCOUCH, p. 65.

¹⁸⁴ Cf. *infra*, 10.

¹⁸⁵ Cf. *supra*, 6.1.3.

critères sont : le foyer d'habitation dans l'un des deux États, le centre des intérêts vitaux dans l'un des deux États, le séjour habituel et enfin la nationalité. Si aucun de ce critère ne permet de trancher, les deux États doivent s'entendre sur la question (art. 4 al. 2 let. d CDI-UK).

Les art. 5 à 7 CDI-UK règlent les droits de taxation pour plusieurs catégories de biens. De manière générale, les biens sont imposés dans l'État du dernier domicile du *de cuius*, mais ces dispositions créent des exceptions. Les biens immobiliers appartenant à un *de cuius* domicilié dans un État mais situé dans l'autre sont ainsi taxés au lieu de situation (art. 5 al. 1 CDI-UK). La notion de bien immobilier renvoie au droit interne du territoire où ils se situent (art. 5 al. 2 CDI-UK). Les art. 6 et 7 CDI-UK traitent des biens appartenant à des entreprises comprises dans la masse successorale, nous n'allons pas nous y arrêter particulièrement dans ce travail.

9.1.2. L'art. 8 CDI-UK

9.1.2.1. Les distinctions

L'art. 8 CDI-UK est le plus complexe de la convention. Il distribue les droits de taxation pour tous les biens qui ne sont pas spécifiquement régis par les art. 5 à 7 CDI-UK. Il s'agit donc principalement des biens mobiliers. Cette disposition peut être schématisée par une séquence d'embranchements, pour aboutir à un traitement fiscal donné. Le premier embranchement distingue les biens situés dans un des États contractants de ceux qui sont situés dans un État tiers. Il faut ensuite voir si le *de cuius* avait son dernier domicile dans un seul ou dans les deux États contractants au sens de l'art. 4 al. 1 CDI-UK. On arrive donc à ce stade à quatre situations possibles.

9.1.2.2. Les biens situés dans un État tiers

La plus simple de ces quatre situations est celle d'un bien situé dans un État tiers lorsque le *de cuius* n'avait son dernier domicile que dans un État contractant. L'art. 8 al. 1 let. b (i) prévoit alors la taxation exclusivement dans l'État du dernier domicile. Si, toujours en présence d'un bien situé dans un État tiers, le *de cuius* avait son dernier domicile dans les deux États contractants, la taxation aura en principe lieu exclusivement dans l'État désigné par les règles de l'art. 4 al. 2 CDI-UK (art. 8 al. 1 let. b (ii) CDI-UK). Il existe cependant une exception à cela : la situation où *de cuius* était domicilié en Suisse selon l'art. 4 al. 2 CDI-UK mais qu'il bénéficiait de la nationalité britannique (mais pas de la nationalité suisse) et qu'il avait eu dans les cinq années précédant son décès un domicile au Royaume-Uni. Dans ce cas-là, l'art. 8 al. 4 CDI-UK prévoit que le Royaume-Uni pourra également taxer ce bien, il faudra alors accorder aux contribuables un crédit à hauteur de l'impôt payé en Suisse, en vertu de l'art. 9 al. 1 CDI-UK.

9.1.2.3. Les biens situés dans un État contractant

Comme c'était le cas pour les biens situés dans un État tiers, l'art. 8 al. let. a (i) CDI-UK prévoit en principe la taxation exclusive des biens situés dans un État contractant au dernier domicile du *de cuius*, si ce dernier n'avait son domicile que dans un des deux États. Cependant, l'art. 8 al. 2 CDI-UK donne un droit au Royaume-Uni d'imposer les actions de sociétés britanniques dans cette situation. Cela implique ici aussi un crédit de l'impôt payé en Suisse (art. 9 al. 1 CDI-UK). La dernière situation que nous allons examiner est celle des biens situés dans un État contractant lorsque le *de cuius* avait son dernier domicile dans les deux États au sens de l'art. 4 al. 1 CDI-UK. La règle générale est alors l'imposition exclusivement au lieu de situation des biens (art. 8 al. 1 let. a (ii) CDI-UK). Une fois encore, il y a des exceptions : les biens situés en Suisse sont également imposables au Royaume-Uni dans deux cas. Le premier cas est celui où le dernier domicile du *de cuius* se trouvait au Royaume-Uni selon les règles de l'art. 4 al. 2 CDI-UK (art. 8 al. 3 let. a CDI-UK). On notera que la logique du droit suisse ne permettrait en principe pas d'imposer les biens dans ces circonstances, mais l'art. 11 al. 1 let. c LMSD prévoit

expressément cette situation pour inclure les biens dans l'assiette de l'impôt. Dans le second cas, le dernier domicile du défunt au sens de l'art. 4 al. 2 CDI-UK se trouvait en Suisse, mais ce dernier était de nationalité britannique (sans détenir le passeport suisse) et avait eu dans les cinq années précédant sa mort un domicile au Royaume-Uni. Dans ces deux situations, le Royaume-Uni devra bien entendu octroyer le crédit d'impôt prévu par l'art. 9 al. 1 CDI-UK.

9.2. La CDI-US

9.2.1. Généralités

Comme nous l'avons vu, la pratique des États-Unis en matière d'impôts de succession est radicale. Ils taxent en effet les successions de leurs ressortissants peu importe le dernier domicile du *de cuius*, le lieu de situation des biens ou celui des héritiers. Cela crée bien évidemment un grand danger de double imposition. La CDI-US a été conclue en 1951, bien avant la publication du modèle de l'OCDE, elle ne ressemble donc en rien à la CDI-UK. La notion de domicile est celle des droits internes des États contractants (art. 2 al. 3 CDI-US). En droit américain, il y a deux critères alternatifs pour être domicilié aux États-Unis : la citoyenneté américaine et la résidence aux USA. À ces deux possibilités de rattachement s'ajoute celle du lieu de situation des biens pour les non-citoyens non-résidents, comme nous l'avons mentionné¹⁸⁶.

9.2.2. L'art. 3 CDI-US

Nous l'avons vu, il existe aux États-Unis un crédit d'un montant de \$ 12'060'000.⁻¹⁸⁷. Ce crédit n'est cependant pas applicable aux *de cuius* qui n'étaient ni citoyens américains ni *U.S. resident*. Pour ces personnes, le crédit est de \$ 13'000.- (§ 2102 (b) (1) IRC), ce qui équivaut à l'impôt perçu sur un *taxable estate* de \$ 60'000.- (§ 2001 (c) IRC). L'art. 3 CDI-US leur permet cependant de bénéficier tout de même du crédit « standard » du § 2010 IRC, à la condition qu'ils aient la nationalité suisse ou qu'ils aient eu leur dernier domicile en Suisse. Pour déterminer quel montant sera applicable à un cas d'espèce, on divise l'assiette de l'impôt aux États-Unis par une assiette hypothétique aux États-Unis si le *de cuius* y avait été domicilié. Cette proportion est ensuite rapportée au montant « standard » du crédit pour obtenir le montant applicable. Si les États-Unis imposent des biens d'une valeur de 20 dans un cas donné mais qu'ils auraient imposé des biens d'une valeur de 100 si le *de cuius* avait été domicilié dans le pays à son décès, le crédit applicable à ce cas sera de : $\frac{20}{100} * \$ 12'060'000 = \$ 2'412'000$.

9.2.3. L'art. 4 CDI-US

L'art. 4 CDI-US est le seul mécanisme d'élimination de la double imposition. Le principe est d'octroyer une forme de crédit d'impôt croisé aux contribuables. Cette disposition ne s'applique cependant qu'à certains biens, les catégories concernées sont listées à l'art. 4 al. 1 let. a à d CDI-US :

- a. Les participations à des sociétés de l'autre État (que celui qui va octroyer un crédit d'impôt), il s'agit principalement d'actions ;
- b. Les créances, lorsque le débiteur est domicilié dans l'autre État ;
- c. Les biens mobiliers corporels situés dans l'autre État (cette catégorie inclut notamment les billets de banque et autres formes de monnaie) ;
- d. Les autres éléments de fortune que les autorités des deux États considèrent comme situés dans l'autre État.

¹⁸⁶ Cf. *supra*, 7.3.1.

¹⁸⁷ Cf. *supra*, 7.3.4.

Dans ces cas, chaque État calcule l'impôt normalement et impute l'impôt payé dans l'autre État sur les biens visés à ce montant. Ce mécanisme permet donc la double imposition sur de nombreuses catégories de biens, notamment les biens sis dans des États tiers que la Suisse et les États-Unis imposent selon leurs droits internes.

10. Le traitement fiscal des trusts au décès du *settlor* selon les CDI-US et CDI-UK

À présent que nous avons en tête les principaux mécanismes d'application de ces deux textes, nous allons examiner leur application aux trusts.

10.1. Sous l'angle de la CDI-UK

La première chose à relever quant à l'application de la CDI-UK aux trusts est que cette convention ne s'applique qu'aux impôts perçus suite à un décès (art. 2 al. 1 let. a CDI-UK). Cela signifie donc que les *ten year charges* et *exit charges* ne sont pas concernées par ce texte¹⁸⁸. Par ailleurs, les impôts perçus sur des transferts entre vifs ne sont pas non plus impactés par la CDI-UK¹⁸⁹. L'art. 1 let. b CDI-UK prévoit cependant expressément que la convention s'applique aux biens compris dans des trusts¹⁹⁰. Cela implique que la convention s'appliquera aux constitutions à cause de mort de trusts. Elle aura également un impact sur la perception de l'*inheritance tax* sur des valeurs considérées comme *gifts with reservation of benefit*¹⁹¹. En revanche, les impôts perçus au moment de la constitution *inter vivos* de trusts ne seront pas touchés par la CDI-UK.

Le lieu de situation des biens étant très important dans l'application de la CDI-UK, il nous semble essentiel d'en examiner les contours. Le lieu de situation des immeubles est décrit en détail à l'art. 5 al. 2 CDI-UK, nous ne l'examinerons pas plus ici. Nous ne nous pencherons pas non plus sur les questions des navires et aéronefs (art. 7 CDI-UK) et des établissements stables (art. 6 CDI-UK). Le problème épineux nous semble en effet plutôt être celui des biens visés par l'art. 8 CDI-UK. Le troisième protocole à la convention précise que le droit britannique est applicable pour définir le lieu de situation de ces biens. Nous allons donc survoler brièvement les différentes catégories. Premièrement, les biens matériels sont réputés être situés au lieu où ils se trouvent physiquement¹⁹². Ensuite, les créances et autres biens immatériels sont généralement situés au lieu où ils peuvent être recouvrables ou exercés¹⁹³. En ce qui concerne les biens en trust, il faut faire la distinction entre ceux sur lesquels un *interest in possession* existe (pour lesquels on ignore le trust¹⁹⁴) de ceux sur lesquels aucun tel droit n'existe (qui sont alors réputés situés au lieu de résidence du *trustee*¹⁹⁵).

Les trusts sont donc relativement bien couverts par la convention, puisque si un impôt est payé au moment de la constitution d'un trust *inter vivos*, il ne devrait pas y avoir de problème au moment du décès. En effet, si un *settlor* domicilié au Royaume-Uni constitue un trust irrévocable, la Suisse ne considérera pas ces biens comme étant dans sa masse successorale. Un cas intéressant serait celui d'un *settlor* domicilié en Suisse qui constitue *inter vivos* un trust irrévocable discrétionnaire. Cette constitution ne sera pas imposée par la Suisse, qui

¹⁸⁸ KESSLER, p. 3278 ; STOYANOV, p. 360.

¹⁸⁹ KESSLER, p. 3278 ; STOYANOV, p. 360.

¹⁹⁰ STOYANOV, p. 360.

¹⁹¹ CHAMBERLAIN/WHITEHOUSE, p. 983 ; cf. *supra*, 6.1.11.

¹⁹² CLARKE, p. 287.

¹⁹³ CLARKE, p. 287 et 289.

¹⁹⁴ COLLINS, p. 1297.

¹⁹⁵ COLLINS, p. 1298.

considérera le trust comme transparent. Elle ne sera probablement pas non plus imposée par le Royaume-Uni, puisque le *settlor* n'y est pas domicilié (sous réserve des particularités de la notion britannique de domicile¹⁹⁶). Imaginons maintenant que ce *settlor* déménage au Royaume-Uni et y décède. Le trust ne sera vraisemblablement pas imposé par la Suisse (sauf s'il contient des biens immobiliers sis sur le territoire de la Confédération), mais il ne sera probablement pas non plus imposé par le Royaume-Uni, qui ne considérera pas que les biens font partie de l'*estate* du *de cuius*, puisqu'il s'en est valablement dessaisi au regard du droit britannique. Il y aurait alors selon nous une double non-imposition.

À l'inverse, si un *settlor* domicilié au Royaume-Uni constitue de son vivant un trust révocable, il paiera un impôt au moment de la constitution. Imaginons qu'il déménage ensuite en Suisse et que les biens du trust y soient imposables. L'impôt payé du vivant du *settlor* ne pourra pas être récupéré puisque les mécanismes relatifs aux *gifts with reservation* sont propres au droit interne britannique. Il y aurait donc selon nous une double imposition de ces biens, puisque la Suisse les considérera comme faisant partie de la masse successorale du *de cuius*¹⁹⁷.

Nous relèverons enfin qu'une personne domiciliée au Royaume-Uni souhaitant venir passer sa retraite en Suisse pourrait avoir un intérêt à constituer avant son départ un trust irrévocable. En effet, cette constitution sera imposée comme une libéralité entre vifs au Royaume-Uni, soit à un taux de 20%¹⁹⁸. Les biens du trust ne seront cependant pas imposés par la Suisse au décès du *settlor*, puisque le trust était irrévocable et que le *settlor* n'était pas domicilié en Suisse au moment de sa constitution¹⁹⁹. Cela permet donc d'éviter qu'un impôt successoral suisse, dont le taux serait vraisemblablement plus élevé que ces 20%²⁰⁰, en particulier si les bénéficiaires ne sont pas des parents du *settlor*, ne frappe ces biens.

10.2. Sous l'angle de la CDI-US

Comme nous l'avons vu, le seul mécanisme d'élimination de la double imposition prévu par la CDI-US est un crédit d'impôt croisé pour les biens situés dans l'un des deux pays²⁰¹. On rappelle par ailleurs que le canton de Vaud ne perçoit pas d'impôt successoral sur les trusts irrévocables fixes constitués du vivant du *settlor*²⁰². La solution est la même pour les trusts irrévocables discrétionnaires constitués alors que le *settlor* était domicilié à l'étranger²⁰³. Il en résulte que l'art. 4 CDI-US ne permettra aucun crédit d'impôt aux États-Unis puisqu'aucun impôt successoral n'aura été payé en Suisse. On remarquera ici que ces trusts ne seront probablement pas imposés aux États-Unis non plus, du moins si les conditions des § 2036 à 2038 IRC ne sont pas remplies²⁰⁴.

Dans les autres cas, l'art. 4 CDI-US va avoir un impact. La situation la plus facile à analyser est celle des trusts testamentaires. En effet, l'art. 4 CDI-US s'appliquera selon le lieu de situation des biens mis en trust, ce qui ne devrait pas poser de difficulté particulière. Par ailleurs, les trusts irrévocables discrétionnaires constitués par un *de cuius* domicilié en Suisse ne devraient pas être imposés par la *federal gift tax* américaine, à moins qu'ils ne remplissent les conditions des § 2036 à 2038 IRC. Cela aura ici aussi pour conséquence que l'art. 4 CDI-

¹⁹⁶ Cf. *supra*, 6.1.3.

¹⁹⁷ Cf. *supra*, 5.2.1.

¹⁹⁸ Cf. *supra*, 6.2.2.

¹⁹⁹ Cf. *supra*, 5.2.2.

²⁰⁰ Cf. *supra*, 5.1.

²⁰¹ Cf. *supra*, 9.2.3.

²⁰² Cf. *supra*, 5.2.2.2.

²⁰³ Cf. *supra*, 5.2.2.1.

²⁰⁴ Cf. *supra*, 7.3.2.

US n'aura aucun impact, puisqu'il ne sera pas possible de faire valoir de crédit en Suisse. Contrairement à la situation précédente, les biens du trust seront ici tout de même imposés.

Enfin, la situation des trusts révocables est épineuse. En effet, ces trusts sont frappés d'un impôt successoral en Suisse²⁰⁵ et aux États-Unis²⁰⁶. Il est donc nécessaire de définir le lieu de situation de ces trusts pour savoir si l'art. 4 CDI-US leur sera applicable ou non. L'art. 4 let. a à c CDI-US ne mentionne pas explicitement les trusts, il faut donc déterminer s'il est possible de ne pas considérer le trust mais les biens qu'il contient et d'appliquer l'art. 4 CDI-US à ces biens directement. Selon nous, cela serait extrêmement logique, puisque les autorités fiscales suisses et américaines considèrent les biens comme faisant partie du patrimoine du *de cuius* et donc de la masse successorale. Il nous paraît donc justifié de considérer les biens mis en trust et non le trust lui-même lors de l'application de l'art. 4 CDI-US à des trusts révocables. L'impact de cette disposition dans ces situations sera donc à notre sens à analyser au cas par cas. Quoi qu'il en soit, le mécanisme de l'art. 4 CDI-US est tel que l'impôt à payer sera au minimum égal à l'impôt qui serait dû en Suisse dans une situation purement interne. Enfin, cela signifie que si le trust détient des biens mobiliers situés à l'étranger, ils seront doublement imposés. La constitution d'un trust révocable ne permet donc pas selon nous d'étendre le champ d'application de l'art. 4 CDI-US à des biens mobiliers situés à l'étranger.

11. Conclusion

Les fiscalités successorales suisses, britanniques et américaines sont passablement différentes sur les questions de base, comme nous avons pu le voir à travers ce travail. Ces différences sont exacerbées en matière de trusts, puisque cette institution n'est que très récente en Suisse et qu'elle n'est pas utilisée de la même manière aux États-Unis et au Royaume-Uni. En effet, si les trusts révocables sont très fréquents outre atlantique, ils le sont beaucoup moins en Grande-Bretagne. Cela explique le fait que la loi britannique met plus l'accent sur la distinction entre trusts fixes et discrétionnaires, alors que la loi américaine se concentre sur la question de la révocabilité. Le système prévu par le droit suisse, en particulier celui du canton de Vaud, a pour mérite d'être plus concis, même s'il peut parfois paraître quelque peu arbitraire.

Ces différences fondamentales dans l'approche de la fiscalité successorale ont rendu très complexe la négociation, puis la rédaction des conventions contre la double imposition en la matière. La nécessité de prendre en compte les trusts n'a bien évidemment pas facilité la tâche des négociateurs ni celle des rédacteurs. La CDI-UK, par exemple, a nécessité plus de quinze ans de négociations avant d'être signée²⁰⁷.

Ces longs processus ont donné naissance à deux textes d'une grande complexité, mais qui ont pour avantage de plutôt bien concilier les approches suivies par les différents pays. En effet, nous n'avons pas décelé d'immense faille dans les conventions, si ce n'est les quelques situations que nous avons relevées.

Ce travail ne fait cependant qu'effleurer les nombreuses questions qui peuvent se poser dans ce domaine. Nous n'avons en effet pas examiné dans les détails les nombreuses exceptions et exceptions aux exceptions qui sont présentes dans les droits américains et britanniques. L'équilibre relativement fragile trouvé par les CDI-UK et CDI-US en la matière pourrait enfin être bouleversé si un trust de droit suisse finit par être introduit, selon les dispositions fiscales qui accompagneraient cette introduction.

²⁰⁵ Cf. *supra*, 5.2.1.

²⁰⁶ Cf. *supra*, 7.3.2.3. et 7.3.2.5.

²⁰⁷ FF 1994 II 456, p. 458.