

Constituer un trust en Italie: défis et opportunités

Le professeur Lepaulle affirmait que le trust est plus indispensable que le thé aux Anglais et que le base-ball aux Américains

par Giancarlo Cervino *

Même si le «trust» en tant que tel trouve son origine en Angleterre au XI^e siècle, les Romains connaissaient déjà l'ancêtre de cette institution, la «fiducie». En effet, le régime juridique romain établissait la *fiducia cum amico* - impliquant la constitution d'un dépôt avant un voyage de longue durée - et la *fiducia cum creditore* - réglant le transfert de propriété d'un bien à titre de garantie. Les deux mécanismes revêtaient une forme solennelle et très formelle. Ces deux institutions ont par la suite disparu des codes de Justinien et des législations continentales postérieures.

Le droit italien actuel connaît toutefois des institutions juridiques proches du trust: la substitution fidéicommissaire (article 692 Code civil), le mandat sans représentation (article 1705 Code civil) et le contrat de commission (article 1731 Code civil). Néanmoins, ces régimes ne contiennent pas l'élément fondamental caractérisant le trust, à savoir la transmission définitive du droit réel de propriété entre le fiduciaire et le fiduciaire.

D'un point de vue historique, les juridictions italiennes sont intervenues à plusieurs reprises pour régler des conflits concernant la validité des trusts de droit étranger qui ont été utilisés en Italie par des citoyens italiens et étrangers¹.

La dernière évolution marquante en la matière est la signature de la «Convention de La Haye sur le Droit applicable aux Trusts et leur Reconnaissance». Ce texte devrait permettre la légitimation de l'institution du trust dans les pays de droit continental qui ne le connaissent pas encore, moyennant une transposition dans le droit international privé des principes consacrés dans le Common Law.

Cette Convention, rédigée pendant la Quinzième Session de la Conférence de La Haye le 20 octobre 1984, a été signée le 1^{er} juillet 1985 par 32 pays dont l'Australie, le Canada, la France, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, les Etats-Unis, etc. Ce texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992, suite à la ratification par l'Australie, l'Italie et le Royaume-Uni². C'est par la loi du 16 octobre 1989 que l'Italie a intégré la Convention dans son droit interne, convention ratifiée à partir du 21 février 1990.

En 1998, le dépôt de deux projets de loi devant la Chambre des députés a lancé le débat relatif à l'institution du trust en Italie³.

Selon l'A.B.I. (Association bancaire italienne, équivalente de l'A.B.B.L.), l'article 2740 du Code civil (relatif à la responsabilité

patrimoniale du débiteur) est contraire à la séparation de patrimoine dans le chef d'une personne, qui résulte du trust. L'association considère que «cet article pourrait être utilisé pour nier l'effet minimal de la reconnaissance du trust, à savoir la séparation du patrimoine du trust par rapport au patrimoine personnel du trustee. (...) Nous devons conclure que, avec la loi de ratification de la Convention de La Haye, la législation italienne a introduit une exception à l'unicité de patrimoine et déroge donc à l'article 2740 du Code civil. Cela donne lieu à la situation étonnante d'un citoyen italien, qui en constituant un trust régi par la loi étrangère, et s'il en obtient la reconnaissance en Italie, utilise le mécanisme de la séparation du patrimoine, alors qu'il ne pourrait pas obtenir le même effet par une voie purement interne. (...) Cette disparité de situation est incontournable dans la mesure où l'article 2740 du Code civil n'est pas opposable à la reconnaissance des trusts régis par la loi étrangère. Par ailleurs, il n'est pas non plus possible d'admettre avec certitude la possibilité d'avoir un contrat atypique de trust, vu son effet contraire aux principes fondamentaux de la législation, dont le même article 2740 du Code civil⁴».

En réalité, dans les pays de droit anglo-saxon, il est possible, par le biais du trust, de scinder le droit réel de propriété d'une part en un droit juridique accordé au trustee et d'autre part en un droit économique accordé au bénéficiaire. Il est à noter que le droit romain, dans son institution originelle, prévoyait uniquement la possibilité d'une division temporaire de la propriété entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

Le trust est régi par trois acteurs principaux: le *settlor* (ou *constituant*), le *trustee* et le *bénéficiaire*. Le constituant du trust n'est toutefois pas indispensable. En effet le trust peut être constitué *ex lege* par un juge (par exemple pour des mineurs qui reçoivent en héritage un immense patrimoine) ou par déclaration unilatérale.

En réalité, la création d'un trust est essentiellement motivée par la volonté de planifier une succession, de préserver une entreprise familiale ou de protéger le patrimoine. L'une des applications les plus répandues du trust se situe en matière successorale. En effet, alors que dans la plupart des pays continentaux le décès de parents d'enfants mineurs implique la nomination d'un tuteur, dans des pays anglo-saxons, le patrimoine est transmis à une structure ad hoc - le trust -, chargée de sa gestion jusqu'à la majorité de l'enfant.

Le constituant confirme par un *trust deed* (déclaration de confiance) qu'il a transféré la propriété des biens au *trustee*. Celui-ci doit administrer les biens dans l'intérêt d'un bénéficiaire désigné (*trust fixe*) ou d'un groupe de personnes (*trust discrétionnaire*). Dans ce cas, le constituant indique une catégorie de personnes, par exemple ses enfants, et confie au *trustee* la tâche de choisir les bénéficiaires, ainsi que les modalités de distributions des actifs.

Le *trustee* devient propriétaire des biens par une donation entre vifs ou par testament. Il doit les gérer soit définitivement (*trust irrévocable*), soit temporairement (*trust révocable*), avec l'obligation de les préserver et les investir dans l'intérêt du bénéficiaire et de lui en remettre un jour la propriété.

Même si le trust n'a pas de personnalité morale, il est indiqué clairement dans différents textes de loi que ni les créanciers personnels du *trustee*, ni ceux du bénéficiaire ou du constituant, ne pourront saisir les biens confiés au trust. Ce principe connaît néanmoins une limite: lorsque le constituant a constitué un trust pour protéger son patrimoine d'une faillite imminente et a donc agi abusivement.

Le constituant doit toujours être majeur, capable juridiquement et être solvable à court et moyen terme⁵.

Le constituant peut également prendre des dispositions pour les générations futures avec un *fixed interest trust*. Dans ce cas, le *trustee* peut par exemple payer les intérêts de la gestion aux enfants et rembourser les capitaux aux neveux. Le constituant peut aussi laisser des indications, même très détaillées, sur la manière d'administrer le patrimoine ou sur les critères de choix du bénéficiaire dans la *letter of wishes*. S'il l'estime nécessaire, il peut nommer un *protector* du trust, c'est-à-dire une personne chargée de vérifier l'administration du trust et bénéficiant à ce titre d'un droit de veto.

Le constituant, les bénéficiaires et le *protector* peuvent poursuivre le *trustee* en justice dans le cas d'une mauvaise gestion du patrimoine et ainsi demander à l'autorité judiciaire la révocation du trust ou la nomination d'un autre trustee.

D'un point de vue fiscal, le trust est une entité séparée, redevable d'impôt dans le pays de résidence du trustee.

Le traitement fiscal du trust en Italie

Considérons l'hypothèse suivante: le constituant est un citoyen

italien résident qui souhaite créer en Italie un trust de droit britannique avec un *trustee* italien (par exemple une société fiduciaire italienne ou un avocat) afin de transmettre son patrimoine à ses enfants, résidents italiens.

Certes, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, il n'est pas possible de constituer un trust suivant le droit italien. Il est néanmoins possible de faire reconnaître les effets de la législation britannique résultant de la ratification par l'Italie de la Convention de La Haye susmentionnée, sous réserve du respect des normes internes italiennes d'ordre public.

En matière fiscale, la Convention de La Haye ne fournit aucune indication spécifique mais se réfère aux législations nationales (Article 19: «La Convention ne porte pas préjudice à la compétence des Etats en matière fiscale»).

En droit interne italien, les seules dispositions régissant la matière sont certaines circulaires administratives⁶ relatives à la circulation des trusts de droit étranger en Italie. Par ailleurs certaines conventions contre la double imposition, ratifiées par l'Italie (par exemple celle avec le Royaume-Uni), peuvent également être appliquées.

Droit de succession et donations

Le SECIT affirme que les transferts de biens dans le trust par un acte mortis causa sont sujets aux droits de succession. Ces droits seront dus par le *trustee*.

La base imposable correspond à la valeur totale des biens pour les apports dans un trust perpétuel, et à la valeur de l'usufruit pour les autres typologies de trusts, le reste étant dans ce cas à charge des bénéficiaires au moment de l'attribution finale des biens du trust.

Le taux d'imposition appliqué est le plus élevé parce qu'il s'agit, selon le SECIT, d'une succession en faveur d'un tiers sans aucun degré de parenté avec le *de cuius*.

Des exonérations sont prévues dans certains cas très précis et très limitatifs, à savoir lorsque les bénéficiaires sont l'Etat italien, les Régions, les Provinces, les Communes, des organismes reconnus d'utilité publique, des fondations ou des associations à but non lucratif.

Les mêmes conditions d'imposition s'appliquent aux donations *inter vivos*. Par conséquent, la distribution successive des capitaux du trust aux bénéficiaires entraîne un deuxième paiement de l'impôt de donation et donc une double imposition.

Impôt sur le revenu

Le SECIT considère le trust comme redevable de l'impôt sur le revenu des personnes morales (article 87, D.P.R. 22/12/1986, n.9) tout en établissant une distinction en fonction de l'activité commerciale ou non (article 95 D.P.R. 22/12/1986, n.917), et selon qu'il considère le trust comme résident ou non résident en Italie (articles 108 et suivants).

Les revenus distribués aux bénéficiaires sont par la suite soumis à une deuxième imposition soit au titre de revenus de capitaux, soit à celui de revenus d'un emploi, suivant les dispositions du *trust deed*.

Afin de limiter la double imposition, le *trustee* est autorisé à déduire les distributions de revenus faites aux bénéficiaires sous forme de charge pour un trust commercial ou comme frais déductibles dans les autres cas.

Le Fonds patrimonial de famille

La constitution d'un fonds patrimonial offre une autre possibilité de répartition des biens familiaux (article 167 et suivants du Code civil). Il s'agit d'une institution peu connue et peu utilisée, mais qui présente des similitudes importantes avec le trust.

Il est possible soit pour un conjoint, soit pour les époux (mariés sous le régime de la séparation des biens ou de la communauté réduite aux acquêts) de transférer certains biens de leur patrimoine personnel dans un fonds destiné à satisfaire les besoins de la famille.

Si l'un des deux conjoints est propriétaire d'immeubles, de biens meubles enregistrés auprès de registres publics (voitures, bateaux, avions) ou d'actions, obligations et autres instruments financiers, il peut les destiner à sa famille en constituant un fonds, pendant la durée du mariage, et ce même sans l'accord de l'autre conjoint.

Un tiers peut également créer un fonds patrimonial en faveur d'un couple. Ce mécanisme est toutefois subordonné à l'acceptation des conjoints (éventuellement à posteriori).

Entre vifs, le fonds patrimonial doit être constitué par acte public devant notaire et s'il s'agit d'un tiers, par testament. La constitution du fond transfère en principe la propriété des biens aux deux conjoints, sous réserve de l'existence d'une clause de réserve de la propriété exclusive. Dans ce cas, le conjoint qui apporte les biens dans le fonds décide de garder la propriété en limitant la destination des biens à l'entretien de la famille

et non pas à des besoins personnels.

L'administration de biens dans le fonds est calquée sur les règles applicables à la communauté réduite aux acquêts; elle établit une distinction entre les actes ordinaires et extraordinaires. Ces derniers doivent être réalisés par les deux époux conjointement. De plus, s'il y a des enfants mineurs, il faut demander l'autorisation d'un juge pour vendre, donner en gage ou nantir les biens du fonds, ceci afin de garantir la protection des intérêts des tous les membres de la famille.

Bien que le fonds n'ait pas la personnalité juridique, le transfert des biens les rend insaisissables par les créanciers personnels du constituant.

Le fonds patrimonial de famille est extrêmement intéressant au niveau de l'imposition directe des personnes physiques, parce qu'il permet de répartir la charge d'impôt entre les deux conjoints (indépendamment du fait que le bien sera à titre exceptionnel resté privatif).

Sur la base de ces principes, un tiers peut réduire son revenu imposable en gardant la propriété des biens apportés tout en constituant un fonds patrimonial en faveur de la famille de son fils par exemple, en mentionnant une clause de réserve de propriété exclusive.

Le régime fiscal du fonds patrimonial de famille prévoit une imputation des revenus du fonds aux deux conjoints, chacun étant bénéficiaire de la moitié de la valeur nette, sans prendre en considération le propriétaire effectif des biens (article 4 D.P.R. 22/12/1986, n.917).

Dans l'éventualité du décès de l'un des deux conjoints, le patrimoine revient au survivant. En cas de divorce et s'il y a des enfants mineurs, les biens vont à celui qui les administrait pendant le mariage. Dans ce cas, le fonds va continuer à exister jusqu'à ce que le dernier enfant soit majeur.

Les plus-values réalisées sur la vente des biens du fonds ne sont pas imposables dans le chef du propriétaire mais dans le chef des deux conjoints, même s'il est prévu une clause de réserve de propriété exclusive.

Le droit d'enregistrement, l'impôt de succession ou de donation et le droit cadastral ne sont pas dus dans la mesure où il n'y a pas de transfert de propriété au moment de la constitution du fonds (grâce à l'insertion de la clause de réserve de propriété exclusive). En revanche, les impôts susmentionnés sont dus dans le cas où le fonds est constitué suite aux disposi-

tions testamentaires d'un tiers. Mis à part ce dernier cas - et s'il n'a pas été constitué pour réduire les droits des créanciers sur les constituants -, le fond patrimonial de famille constitue une bonne alternative au trust. Il permet de répartir entre les conjoints - ou de reporter dans le temps - l'imposition des revenus provenant des biens destinés aux nécessités familiales, en mettant par exemple une partie du patrimoine à disposition de fils déjà mariés, sans être obligé de faire une donation ou une vente.

Conclusion

En conclusion, la comparaison de ces deux instruments nous montre la grande flexibilité du trust par rapport au fonds patrimonial de famille en termes de possibilités d'aliénations des biens et de gestion du patrimoine sans intervention de l'autorité judiciaire.

En outre, l'acceptation par le bénéficiaire de la mise en trust des biens n'est pas nécessaire, ce qui résout les problèmes éventuels pouvant se poser dans le cas d'une incapacité physique ou juridique à agir.

C'est pourquoi les professionnels du secteur réclament une réglementation législative en la matière, et ce d'autant plus que, suite à l'adoption de la Convention de La Haye, l'utilisation du trust en Italie est en plein développement.

¹ Cour de Cassation de Rome 21 février 1899, Cour de Cassation de Naples 11 février 1909, Tribunal de Oristano 15 mars 1956, Tribunal de Casale Monferrato 13 avril 1984.

² Par application de l'article 30 de la Convention, l'entrée en vigueur était subordonnée au dépôt des instruments de ratification par trois pays signataires.

³ Projet numéro 5194/1998 concernant la réglementation des activités fiduciaires et de l'activité du *trustee*, et projet numéro 5494/1998 sur le trust en faveur des personnes handicapées.

⁴ Voir ABI, Area Normativa, «Trusts e contratti bancari», Commissione Tecnica per l'Ordinamento Bancario, décembre 1996 (libre traduction de l'auteur).

⁵ Ces mêmes règles de capacité ne s'appliquent pas au bénéficiaire qui peut être un mineur handicapé auquel ses parents ont voulu assurer le bien-être économique en confiant la gestion du patrimoine à un *trustee*.

⁶ Notamment la délibération numéro 37/98 du 11/5/1998 prise par le «Comitato di Coordinamento del Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî» dit SECIT (organisme de surveillance du ministère des Finances italien).

* Giancarlo Cervino est Conseiller développement commercial de SGG, Services généraux de gestion SA, membre d'Arthur Andersen Luxembourg.