

Les testaments et les trusts – première partie :

Les avantages des testaments américains,

By Yahne Miorini, LL.M.

La transmission de patrimoine aux Etats-Unis se fait par la voie des testaments qui sont très souvent combinés avec des trusts. La législation française a mis longtemps à reconnaître le principe des trusts. C'est avec la loi de la fiducie, promulguée il y a quelques années, que le droit français a commencé à reconnaître le principe des trusts mais rejette toujours ce principe pour les biens immobiliers.

Les trusts sont utilisés depuis très longtemps en Angleterre et aux Etats-Unis. Un trust permet la division du droit de la propriété. Le créateur appelé "grantor" ou "settlor" crée cette entité juridique. Le titre de propriété est détenu par une autre personne appelée "trustee" qui dans bien des cas sera la même personne que le créateur. Le trustee, détenteur du titre de propriété, a le droit d'hypothéquer le bien et de le vendre. Le trustee est en charge de gérer le bien et de le conserver pour une tierce personne appelée le bénéficiaire ("beneficiary"). Les trusts sont souvent créés lorsque le bénéficiaire est mineur, incapable ou n'est simplement pas une personne avérée en matière financière. Dans certains cas les trusts sont utilisés pour protéger les bénéficiaires contre des créanciers. Les trusts sont aussi utilisés pour réduire le paiement des droits de mutation et de succession. Enfin les

trusts sont utilisés pour gérer l'incapacité éventuelle du créateur.

Aux Etats-Unis, le testament est utilisé non seulement pour transmettre le patrimoine, mais aussi pour nommer un exécuteur testamentaire, pour nommer des gardiens pour des enfants mineurs, créer des trusts, et même parfois donner des instructions funéraires. La transmission de patrimoine est très libre puisqu'il n'y pas la limitation de la réserve héréditaire française. Les testaments américains sont généralement des testaments authentiques, c'est à dire qu'ils sont dactylographiés, signés en présence d'un notaire (en fait d'un "notary public"), et généralement de deux témoins. Les formalités diffèrent d'un état à un autre. Par exemple, l'état de Virginie reconnaît les testaments holographiques alors que le District de Columbia les rejette purement et simplement. Quant à l'état du Maryland, il n'accepte que les testaments qui sont exécutés en présence de deux témoins. Pour les testaments authentiques, l'état de Virginie demandera une certification des témoins à moins d'un notary public n'est été aussi présent lors de l'exécution dudit testament.

Lorsqu'une personne décède, le testament est enregistré au tribunal. Toute personne intéressée

peut avoir une copie dudit testament.

Le droit américain a du mal à gérer l'indivision et la multiplicité de personnes intéressées. C'est pour cela que les américains utilisent les exécuteurs testamentaires. En fait, il est obligatoire d'avoir un exécuteur testamentaire. Le droit des successions français reconnaît l'existence des exécuteurs testamentaires mais ils ne sont pratiquement jamais utilisés. Le notaire français représente tous les héritiers et gère l'indivision successorale. Ce n'est que dans certains cas de grands conflits familiaux qu'un héritier ou plusieurs d'entre eux utiliseront les services d'un second notaire pour protéger leurs intérêts.

Donc, lorsqu'une personne décède aux Etats-Unis, le testament, s'il y en a un, est enregistré au tribunal, et un exécuteur doit être nommé par le tribunal. Dans certaines situations, le tribunal peut nommer plusieurs personnes exécuteurs. Bien qu'il n'y ait pas de limitation dans le nombre d'exécuteur, je n'ai jamais vu plus de 3 exécuteurs en même temps. S'il n'y a pas de testament ou que les personnes désignées dans le testament ne peuvent être nommées exécuteurs, les lois des états ont une liste de personnes prioritaires qui peuvent demander à être nommés.

Comment choisit-on son exécuteur testamentaire? L'exécuteur doit avoir au moins 18 ans. Dans certains cas, le candidat ne pourra être qualifié. Par exemple en cas de conviction criminelle ou de faillite personnelle. La majorité des testateurs choisissent en premier leur conjoint survivant, puis ensuite un membre de la famille, un frère, une sœur, un parent, parfois un ami. Le candidat idéal est une personne de responsabilité, de sagesse et ayant de l'aisance avec les finances. Il est toujours conseillé de se faire aider d'un avocat spécialisé dans le droit des successions. Cependant, l'exécuteur testamentaire a une grande responsabilité et aura souvent beaucoup de travail. La gestion d'une succession comprend beaucoup de tâches administratives, une bonne connaissance fiscale et comptable, une compréhension des termes juridiques ou tout au moins la capacité à les comprendre, et un peu de psychologie pour communiquer avec les héritiers.

Certains états, comme le Maryland, n'autorisent pas la nomination d'un exécuteur testamentaire qui n'a pas la nationalité américaine, à moins qu'il ne s'agisse du conjoint survivant. D'autres états, comme la Virginie n'ont pas ce genre de restriction. Par contre, si l'exécuteur n'est pas un résident de l'état de Virginie et n'a pas la nationalité américaine ou la carte verte, il ne pourra pas obtenir l'assurance des exécuteurs ("bond").

Pour les personnes qui ont un visa de travail autre que la carte verte, la nomination de son conjoint en qualité d'exécuteur testamentaire est indispensable. Si le conjoint qui travaille décède, le conjoint survivant perd automatiquement son visa au jour du décès. Donc, si le conjoint survivant sort du territoire américain pour, par exemple, un enterrement, le conjoint survivant ne peut pas revenir aux Etats-Unis à moins que ce ne soit sous le statut de tourisme pour un maximum de trois mois (non waiver tourist visa). Cependant, la douane peut refuser de donner ce visa de tourisme puisqu'en fait, le conjoint survivant ne vient pas en vacance aux Etats-Unis. **Si le conjoint survivant a été nommé exécuteur testamentaire, le conjoint survivant peut demander un visa d'affaire qui lui donnera la possibilité de sortir du territoire et revenir en toute tranquillité.**

De même **la désignation de gardiens dans un testament est essentielle particulièrement dans les familles où tous les membres n'ont pas la nationalité américaine.** Les parents sont les gardiens naturels de leurs enfants. Lorsqu'un parent décède, l'autre parent de l'enfant devient automatiquement le seul gardien. Lorsque les 2 parents décèdent, la loi américaine reconnaît la désignation de gardien dans les testaments. Les parents peuvent donc choisir qui sera responsable d'élever leurs enfants. Ce gardien devra comparaître et sera nommé par le tribunal.

Lorsque les parents décèdent sans testaments, les enfants mineurs seront immédiatement placés chez une famille de garde d'orphelins (foster family). Les membres de la famille qui vivent à l'étranger ne peuvent pas venir sous un visa de tourisme. Ils devront demander un visa d'affaire. Il est bien évident que l'obtention de ce visa est bien plus facile lorsque le demandeur est nommé gardien dans un testament.

Pour mes clients dont le reste de leur proche famille vit à l'étranger, je leur conseille de nommer des gardiens « temporaires ». Ils désignent des personnes de confiance, locales, qui seront responsables de s'occuper des enfants en attendant que le gardien définitif arrive aux Etats-Unis.

Un gardien est la personne responsable de la personne du mineur. Une autre personne peut être désignée pour s'occuper du patrimoine recueilli par le mineur. Certains états appellent cette personne « guardian of the estate » d'autres l'appellent « conservator ». Un autre avantage des testaments aux Etats-Unis est non seulement cette possibilité de désigner une personne différente pour la « personne » du mineur et une autre personne en charge de gérer le patrimoine du mineur, mais surtout d'éviter la nomination de ce conservateur en désignant un trustee et créant un trust.

Bien entendu, le choix du trustee est crucial. Il doit s'agir d'une personne de confiance et qui

comprend les finances. Dans certain cas, la sélection d'une société de trust ou d'un département de trust dans une banque peut être une solution. Le droit américain prévoit la possibilité de nommer un « trust protector ». C'est une personne qui a pour mission de surveiller le travail du trustee et a le droit de remplacer et désigner une autre trustee.

Le trust pour un mineur permet une grande flexibilité de gestion du patrimoine et des dépenses mais aussi permet de contrôler l'âge de distribution du patrimoine. La distribution de trust peut être étalée sur plusieurs années. Par exemple, un tiers du trust peut être distribué lorsque l'enfant atteint l'âge de 25 ans, puis une autre distribution peut s'effectuer à 30 ans et le reste à 35 ans.

Lorsqu'il n'y a pas de création de trust pour les mineurs, le conservateur doit investir le patrimoine du mineur dans des « restricted accounts », reporter annuellement au tribunal les reçus et dépenses du patrimoine. Le tribunal a généralement une approche très restrictive de la gestion du patrimoine. Un tribunal a déjà rejeté la demande d'un conservateur d'utiliser l'argent du mineur pour acheter une voiture d'occasion laissant le conservateur utiliser les transports en commun pour faire les courses et aller chercher le mineur à l'école. Dans une autre décision, des grands parents avaient demandé au tribunal d'utiliser l'argent du mineur pour acheter des machines

individuelles d'air conditionné pour en mettre une à la fenêtre du mineur et une autre dans la salon. Le juge refusa d'accorder cette dépense.

Circular 230 Disclosure :
The following disclosure is required pursuant to IRS Circular 230. Any advice concerning tax issues contained in this written communication has not been written nor is it intended by the author to be used, and cannot be used, for the purpose of: (i) avoiding tax penalties that may be imposed by the IRS or applicable state or local tax provisions, or (ii) promoting, marketing, or recommending to another party any transaction or matter addressed herein.