

Par e-mail

(zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève, le 12 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous remercions votre Département d'avoir invité l'Association de Banques Privées Suisses (ABPS) à participer à la consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

L'ABPS soutient le principe de l'introduction de l'institution du trust en droit suisse, pour compléter la palette des services financiers disponibles. Toutefois, cette introduction ne doit pas s'accompagner d'une modification de l'imposition actuelle des trusts en Suisse, sous peine de lui ôter tout intérêt et même de mettre en danger l'industrie actuelle des trusts. Si les dispositions fiscales contenues dans l'avant-projet sont maintenues, l'ABPS le rejettera entièrement.

Remarques générales

En l'état, le droit suisse ne permet pas à une fondation de procéder à des distributions régulières aux membres d'une famille pour assurer leur entretien. Il n'existe, en outre, pas d'institution juridique qui permette de planifier le transfert d'un patrimoine sur plusieurs générations, pour éviter une dévolution immédiate. Les comptes de consignation ne sont pas non plus très flexibles pour gérer des opérations commerciales. Pour ces raisons, nous partageons l'avis du Conseil fédéral que le trust devrait être introduit en droit suisse comme instrument de planification successorale et de gestion d'un patrimoine.

Le cadre légal proposé respecte les limitations actuelles du droit de disposer prévues en matière matrimoniale et successorale. Il garantit ainsi que le constituant ne puisse se dessaisir de ses biens au détriment de tiers, par exemple pour léser la réserve des héritiers. Pour le reste, l'avant-projet propose une importante flexibilité permettant une utilisation du trust dans différents contextes : trust privé ou commercial, à des fins de sûreté, de détention d'actifs, de planification patrimoniale, etc. Seule la constitution de trusts caritatifs et autres purpose trusts est expressément exclue, ceci pour ne pas concurrencer la forme juridique de la fondation charitable qui jouit d'une très bonne réputation et semble répondre aux besoins des différents acteurs dans ce domaine.



Les raisons qui pousseront à utiliser un trust de droit suisse plutôt que d'un autre droit sont nombreuses. Cela permettra de ne pas dépendre de règles et de jurisprudences étrangères. Cela donnera confiance à ceux qui cherchent un instrument de droit suisse pour régler leur succession ou une transaction. La possibilité d'un règlement des différends par voie d'arbitrage assurera aussi discrétion et compétence.

Il devrait ainsi y avoir une demande tant domestique qu'internationale pour des trusts de droit suisse. Une analyse d'impact réalisée en 2019 a estimé selon son scénario le plus réaliste un surplus de 139 millions de francs de valeur ajoutée et de 57 millions de recettes fiscales si l'on pouvait créer des trusts suisses (cf. Roman Liesch : Soll die Schweiz Trusts einführen? in : Die *Volkswirtschaft*, édition 1-2/2020, Berne, p. 54). Cela représenterait environ un tiers de ce que rapporte aujourd'hui l'industrie du trust en Suisse.

La notion de trust est associée par certains à des agissements douteux ou à de la soustraction fiscale. Les standards internationaux, que la Suisse applique, ont mis fin à ces reproches. Les banques identifient depuis longtemps toutes les parties prenantes d'un trust, dans le cadre de leurs obligations de lutte contre le blanchiment d'argent. Au travers de l'échange automatique de renseignements, elles communiquent aussi aux autorités fiscales de résidence de ces personnes les revenus du trust, même quand ceux-ci ne leur sont pas imputables. Un rapport fédéral de 2017 constatait ainsi déjà à raison : « *la vigilance des intermédiaires financiers à leur égard est particulièrement forte, ce qui a pour conséquence que les trusts constituent, parmi les entités juridiques étrangères, la catégorie qui représente le risque le moins important* » (cf. rapport explicatif, note 141 p. 47). En outre depuis 2020 en Suisse, les trustees sont soumis à autorisation de la FINMA et surveillés par des organismes dédiés.

La constitutionnalité de l'imposition actuelle des trusts

Depuis que la Suisse s'est mise à reconnaître les trusts étrangers en 2007, leur imposition se fonde sur une circulaire de la Conférence Suisse des Impôts, à la satisfaction tant des autorités de taxation cantonales que des contribuables. Dans ce contexte, on distingue trois types de trusts :

a) les trusts révocables : le constituant n'a pas définitivement renoncé à son patrimoine et continue donc d'être imposé comme s'il le détenait en direct ;

b) les trusts irrévocables à intérêts fixes : le constituant a établi des droits fermes et réguliers en faveur des bénéficiaires, qui sont alors imposés comme des usufruitiers ;

c) les trusts irrévocables discrétionnaires : le constituant se dessaisit de son patrimoine et fixe un cadre au trustee pour les distributions que celui-ci pourra décider, ou non, de verser aux bénéficiaires. Ceux-ci n'ont alors que des expectatives et ignorent parfois même tout de l'existence du trust ou de leur qualité de bénéficiaires.

Comme le constate le rapport explicatif en page 67, la constitution de ce dernier type de trust « *présente peu d'attrait pour les personnes domiciliées en Suisse, puisque les valeurs patrimoniales qui y sont apportées continuent à leur être imputées sur le plan fiscal* ». A leur décès, seuls les bénéficiaires deviennent imposables, sur les distributions qui leur sont faites.



L'administration fédérale des contributions voit deux problèmes constitutionnels en lien avec l'imposition des constituants de trusts irrévocables discrétionnaires :

- un souci de capacité contributive pour ces constituants, à qui l'on demande de continuer de payer des impôts sur les biens qu'ils ont placés dans le trust, alors qu'ils n'ont plus de droits directs dessus ;
- un souci d'égalité de traitement avec les constituants qui ont créé leur trust alors qu'ils étaient résidents à l'étranger,

La combinaison de ces deux reproches est assez paradoxale, puisqu'alors soit les constituants précédemment domiciliés à l'étranger devraient se faire imposer en contradiction avec leur capacité contributive, soit les constituants domiciliés en Suisse devraient aussi ne plus être imposés du tout sur les biens qu'ils placent dans le trust, ce qui serait « *choquant* » et « *une lacune fiscale [...] en contradiction avec la réalité* » (cf. rapport explicatif, p. 40).

En fait, la pratique actuelle est légitime et conforme à la Constitution fédérale. Les résidents suisses qui constituent un trust irrévocable discrétionnaire sont conscients et d'accord de continuer à payer des impôts sur les biens qu'ils placent dans le trust, en recevant d'ailleurs souvent des fonds du trust à cette fin. D'autres pays, notamment les Etats-Unis, appliquent le même principe (Grantor Trusts). On peut aussi faire une analogie avec la transparence des fonds de placement. Quant à la différence de traitement avec les constituants domiciliés à l'étranger lors de la création du trust, elle « *se justifie par les différences entre les ordres juridiques* », car un dessaisissement sans enrichissement correspondant est possible à l'étranger (cf. rapport explicatif, p. 40). Il en va de même en cas de donation : une donation effectuée par un résident suisse est en principe soumise à un droit de donation, mais pas celle effectuée par un résident étranger, ou simplement un résident du canton de Schwyz.

Les défauts de la solution fiscale proposée

Hormis pour les trusts révocables, pour lesquels les art. 10a al. 1 P-LIFD et 6a al. 1 P-LHID reprennent la pratique actuelle d'attribution en transparence au constituant, les autres dispositions fiscales proposées dévient largement de la pratique actuelle, au point de rendre l'utilisation de trusts en Suisse au mieux incertaine, au pire confiscatoire !

Trusts irrévocables à intérêts fixes

Les art. 10a al. 2 P-LIFD et 6a al. 2 P-LHID entendent codifier la pratique actuelle : les bénéficiaires de trusts irrévocables à intérêts fixes sont traités comme des usufruitiers. Cependant, la formulation « conformément à leurs parts » dans ces articles n'est pas claire et pourrait conduire à attribuer tous les revenus et toute la fortune d'un trust à ceux qui ont un droit ferme à une distribution. Par exemple : un frère et une sœur reçoivent chacun 60 000 francs par année. Va-t-on leur attribuer à chacun 50% des revenus et de la fortune du trust, qui peuvent être bien supérieurs, au risque qu'ils ne puissent alors même pas payer les impôts dus ? Et quid si un troisième bénéficiaire reçoit une distribution discrétionnaire : leur part diminue-t-elle ?



Trusts irrévocables discrétionnaires

L'idée de faire du trust un sujet fiscal n'est en soi pas absurde. Certains pays anglo-saxons le font, mais alors le revenu imposé au sein du trust n'est plus imposé lorsqu'il est distribué à un bénéficiaire. Au contraire, en Suisse, le traitement fiscal d'une fondation implique une double imposition : au sein de la fondation, puis auprès du bénéficiaire. Le même revenu sera donc imposé deux fois. Pire : les fonds apportés à la fondation sont transformés en revenu imposable lorsqu'ils sont distribués (cf. les art. 24 let. a P-LIFD et 7 al. 4 let. c P-LHID).

Ce régime fiscal de la fondation rend un trust totalement inintéressant ; autant constituer une société anonyme, qui permet de bénéficier de la réduction de la double imposition et qui reconnaît les apports en capital. Mais celle-ci n'a rien de la flexibilité d'un trust.

Les critères d'assujettissement prévus pour un trust n'ont rien à voir avec ceux d'une entité juridique. Tandis qu'une fondation peut être assujettie au lieu de son siège ou de son administration effective, un trust pourrait être assujetti de manière illimitée dès qu'un bénéficiaire est domicilié ou en séjour en Suisse. Cela paraît extrême s'il n'y a qu'un bénéficiaire sur un grand nombre qui réside en Suisse, et qui peut-être ne reçoit aucune distribution du trust. Cela poussera certains bénéficiaires, potentiellement fortunés, à quitter la Suisse pour éviter que le trust y soit imposable. Un trust peut aussi devenir imposable en Suisse parce qu'un bénéficiaire qui y réside ne sait pas et ne doit pas savoir qu'il est bénéficiaire de ce trust.

L'assujettissement illimité du trust « *ne concerne pas les bénéficiaires sans rattachement personnel* ». Cette phrase cryptique semble vouloir dire, selon le condensé en page 3 du rapport explicatif, que « *les parts des bénéficiaires domiciliés à l'étranger ne seront pas assujetties à l'impôt. Il s'agira de fixer la pratique en matière de détermination du montant de ces parts* ». En réalité, les bénéficiaires n'ont pas de « parts » et il sera impossible de les déterminer. Le risque persistera que l'entier du trust soit imposable en Suisse.

Lorsque les bénéficiaires ne peuvent pas être déterminés (ce qui n'est pas si rare), c'est le domicile ou le séjour du constituant en Suisse qui fonderait l'assujettissement illimité du trust, même dans l'hypothèse où il ne peut pas être un bénéficiaire du trust et que celui-ci n'a aucun autre lien avec la Suisse. Avec une telle règle, les personnes qui pensaient avoir réglé leurs affaires via un trust avant de venir s'établir en Suisse vont vite en repartir ! Et parmi celles-ci, de nombreuses personnes fortunées imposées selon la dépense.

Il faut aussi penser aux problèmes pratiques pour contrôler le respect de ces dispositions lorsque le trustee se trouve à l'étranger et qu'aucune distribution n'est effectuée en faveur d'un résident suisse. Une fois encore, le bénéficiaire d'un trust peut ignorer l'existence de celui-ci tant qu'il n'en a rien reçu !

Parmi 7 options d'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires, l'administration a retenu l'option 1, tout en reconnaissant que « *s'agissant de l'attractivité de la place économique, des frais administratifs et de la praticabilité, les options 1 et 2 conviennent moins bien* » (cf. rapport explicatif, p. 80). Cette solution est ainsi clairement contraire à l'objectif du projet, qui est « *d'offrir aux résidents et entreprises en Suisse un véhicule juridique flexible, fiable et approprié pour la détention de leur patrimoine ainsi que de créer de nouvelles opportunités d'affaires pour la place financière* » (cf. rapport explicatif, p. 2).



Avec l'option 1, non seulement personne ne créera de trust en Suisse, mais de nombreux résidents constituants ou bénéficiaires de trusts s'en iront. Or il s'agit souvent de personnes qui paient beaucoup d'impôts.

L'analyse d'impact relevait d'ailleurs, à propos de la levée de l'interdiction des fondations dites d'entretien à l'art. 335 CC, que cette libéralisation « *devrait s'accompagner d'une modification des conditions-cadres fiscales pour éviter une double imposition et ainsi rendre la fondation d'entretien attractive* » (cf. rapport explicatif, p. 31). Cela vaut tout autant pour les trusts, qu'il ne faut donc pas traiter comme des fondations !

On reste aussi perplexe face aux justifications constitutionnelles de cette option 1, quand on lit le contenu des art. 10a al. 4 P-LIFD et 6a al. 4 P-LHID. D'après le rapport explicatif (p. 109), cette règle subsidiaire « *empêche qu'aucun droit d'imposition ne soit dévolu à la Suisse si le trust au sens de l'al. 3 est domicilié à l'étranger selon la CDI applicable* ».

Si l'on comprend bien l'intérêt de l'administration, on constate cependant que l'on dévie de l'objectif d'éviter une lacune fiscale (puisque le trust est alors imposable à l'étranger) pour passer à celui d'assurer des recettes fiscales à la Suisse. Ce faisant, on n'hésite pas à imposer deux fois les mêmes revenus, au prétexte que ce n'est pas une double imposition, puisqu'il s'agit de deux contribuables différents (une fois le trust, une fois le constituant) !

Le rapport explicatif (p. 79) mentionne pourtant que l'Etat partenaire pourrait alors considérer cette règle subsidiaire « *comme une mesure unilatérale qui perturbe l'équilibre de la convention* », voire « *comme une violation du principe de la bonne foi dans l'interprétation des traités internationaux* ». Malgré cela, une page plus loin (p. 80), « *toutes les options proposées apparaissent conformes aux CDI* ». L'exigence de constitutionnalité semble tout d'un coup bien loin...

Responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants

L'art. 55 al. 5 P-LIFD prévoit une responsabilité subsidiaire des bénéficiaires et constituants résidents suisses afin « *de garantir l'imposition et donc d'éviter une lacune fiscale* » (cf. rapport explicatif, p. 75). Cette possibilité serait loin d'être théorique, puisque l'on voit mal les administrations fiscales suisses envoyer des bordereaux d'impôts à des trustees étrangers, et ceux-ci les honorer...

Dans le cas de l'art. 10a al. 3 P-LIFD, il est quand même choquant qu'après avoir voulu imposer le trust lui-même parce qu'il serait inconstitutionnel de taxer le constituant, on rende ce dernier solidairement responsable des impôts du trust ! Rendre les bénéficiaires solidairement responsables est encore plus incroyable, car ceux-ci n'ont peut-être pas reçu de distributions, ni n'ont les moyens de payer les impôts du trust, voire ne sont même pas au courant de son existence ou de leur qualité de bénéficiaires.

Par ailleurs, la référence à l'art. 10a al. 4 P-LIFD est absurde, car alors les revenus du trust sont ajoutés à ceux du constituant et une responsabilité subsidiaire n'est plus nécessaire, puisque le trust n'est plus un contribuable selon le droit fiscal suisse.

Bref, l'ensemble de cette disposition doit être jetée aux orties ; on se demande d'ailleurs pourquoi elle n'a pas son pendant dans la LHID.



Application aux personnes morales

Il n'est pas erroné de penser que les constituants ou les bénéficiaires de trust peuvent être des personnes morales. Le renvoi que font les art. 67a P-LIFD et 26b P-LHID aux art. 10a P-LIFD et 6a P-LHID ne fait cependant que répliquer les problèmes décrits ci-dessus.

L'imposition d'un trust comme une fondation serait encore plus pénalisante pour les trusts commerciaux, où les fonds qui y sont apportés le temps d'une transaction ont pour vocation à en ressortir assez rapidement.

Clause transitoire

Consciente de l'impact de ses propositions sur les trusts existants, l'administration écrit dans son rapport explicatif (p. 80) : « *il est logique de prévoir une réglementation transitoire généreuse selon le principe de la bonne foi* ».

L'idée de ne rien changer aux trusts constitués avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est bonne. Le fait de renoncer à cette règle dès qu'un actif est rajouté à un trust réduit toutefois à néant cette bonne intention, car tout trust est susceptible d'être complété au fil du temps. Il serait en outre facile de faire rajouter des biens au trust par quelqu'un d'autre que le constituant, ce qui rendrait l'exclusion inopérante. Pour assurer la sécurité juridique, cette deuxième phrase devrait être supprimée.

Au contraire, il faudrait aussi prévoir que l'ancienne pratique s'applique aussi aux trusts dont la constitution a été prévue par acte pour cause de mort conclu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. On pense là à des testaments rédigés avant l'entrée en vigueur, ou à des pactes successoraux signés avant, parfois non sans peine.

Conclusion

Contre l'avis des cantons et de la branche, le projet de loi voudrait modifier la pratique actuelle et rendre les trusts irrévocables discrétionnaires imposables comme des fondations lorsqu'au moins un bénéficiaire ou éventuellement le constituant est résident suisse. Ceux-ci seraient en outre solidairement responsables de l'impôt, alors même que l'idée de taxer le trust vient de la considération que l'on ne saurait leur attribuer sa fortune et ses revenus. Même les dispositions transitoires prévues pour les trusts constitués avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles ne seront guère utiles si l'on ne peut plus attribuer de biens à ces trusts après cette date.

Ces nouvelles règles fiscales non seulement réduiraient à néant l'attractivité du nouveau trust de droit suisse, mais feraient aussi quitter la Suisse aux trustees, constituants et bénéficiaires de trusts de droit étranger. Au lieu de nouvelles recettes fiscales, ce sont des pertes de recettes fiscales et d'emplois qui frapperont la Suisse. Les trusts de droit étranger sont pratiqués en Suisse depuis 15 ans à la satisfaction des contribuables et des autorités, et le traitement fiscal d'un trust de droit suisse n'a pas à être différent¹. Le bon projet de droit civil doit être sauvé en retirant les dispositions fiscales de l'avant-projet. Si les dispositions fiscales de l'avant-projet sont maintenues, l'ABPS le rejettera entièrement.

¹ Cet avis est partagé par la Prof. Andrea Opel et Stefan Oesterhelt, in *Vorentwurf für einen Schweizer Trust*, Revue fiscale 4/2022, p. 266 ss.



En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre très haute considération.

ASSOCIATION DE
BANQUES PRIVEES SUISSES

Jan Langlo
Directeur

Jan Bumann
Directeur adjoint