Centre Patronal

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Département fédéral de justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Paudex, le 22 avril 2022
JDU

Consultation – Introduction du trust (modification du code des obligations)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil fédéral a récemment ouvert la procédure de consultation portant sur le projet de trust suisse. Ce projet propose non pas de reprendre tel quel un instrument de droit étranger mais bel et bien d'insérer une nouvelle institution au sein du code des obligations. Le trust à la mode helvétique s'inspire incontestablement du mécanisme juridique anglo-saxon. A ce titre, on relèvera que la Suisse accueille d'ores et déjà des trusts de droit étranger. Les banques sont en effet amenées à gérer des avoirs détenus par les *trustees* et de nombreuses sociétés se sont spécialisées dans l'administration des trusts. En un mot comme en cent, les trusts étrangers bénéficient depuis de nombreuses années du savoir-faire de la place financière helvétique.

Le projet de modification du code des obligations – constitué d'un volet civil ainsi que d'un volet fiscal – se distingue par sa technicité. La mise en place d'un trust suisse – amené à coexister avec les trusts de droit étranger – a potentiellement des implications multiples sur le système juridique helvétique. Pour des raisons évidentes de clarté, la présente prise de position se décompose en plusieurs étapes. Dans un premier temps, il s'agit de définir brièvement le trust anglo-saxon avant de se focaliser sur sa réception en droit suisse. Ensuite, il convient de circonscrire le projet de trust suisse et de dégager quelques éléments d'appréciation pour laisser enfin la place aux remarques conclusives.

I. Le trust anglo-saxon

En tant qu'institution de droit anglo-saxon, le trust se définit comme un rapport juridique au sein duquel un individu ou une personne morale (le *settlor*) transfère des actifs au trust et confère le contrôle de ces biens à un (ou plusieurs) tiers ou à une ou plusieurs institutions — le(s) *trustee(s)* — pour le compte du ou des bénéficiaires (les *beneficiaries*). Le trust est notamment utilisé dans le contexte familial pour planifier une succession, en particulier pour permettre la transmission d'un patrimoine sur plusieurs générations.

S'il constitue un outil idéal en matière de planification successorale, le trust peut également être utilisé pour détenir un bien ou un investissement particulier, pour transmettre une entreprise, isoler tout ou partie du patrimoine d'une personne avant le mariage et placer des plans de retraites ou des stock-options pour des employés.

Route du Lac 2
1094 Paudex
Case postale 1215
1001 Lausanne
T +41 58 796 33 00
F +41 58 796 33 11
info@centrepatronal.ch

Kapellenstrasse 14
Postfach
3001 Bern
T +41 58 796 99 09
F +41 58 796 99 03
cpbern@centrepatronal.ch

www.centrepatronal.ch

Outre ses nombreuses applications pratiques, on relèvera que le trust est également un véhicule d'optimisation fiscale utilisé par les personnes fortunées pour administrer leurs avoirs. D'aucuns reprochent d'ailleurs à cette institution de se distinguer par son opacité et de favoriser la fraude fiscale. En tout état de cause, le trust est à ce jour tout autant un outil successoral et de protection contre les créanciers qu'un instrument de planification fiscale.

II. Le trust anglo-saxon en droit suisse

Sans proposer directement de trust, la Suisse dispose d'une réglementation étendue des activités trustales. On citera la loi contre le blanchiment, la Circulaire n° 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts, la loi sur les établissements financiers ainsi que la Convention de la Haye sur la reconnaissance des trusts. Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, la Suisse reconnaît les trusts constitués à l'étranger.

En vertu de la Convention de la Haye, le trust recouvre les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vif ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente un certain nombre de traits caractéristiques, avec entre autres la séparation entre les biens du trust et du *trustee*, la propriété des biens au nom du *trustee* et l'obligation du *trustee* d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust. Le but de la Convention de la Haye est de déterminer le droit applicable au trust, avec un accent sur le droit choisi par les parties. Dite convention n'apporte en revanche aucune réponse aux nombreuses questions de droit civil posées par cette institution qui ne s'insère pas au sein des catégories juridiques classiques du droit continental.

Sur le plan fiscal, la Circulaire CSI n° 30 du 22 août 2007 distingue trois catégories de trust :

1. Le trust révocable : le constituant n'a pas renoncé à son patrimoine. Les valeurs patrimoniales sont fiscalement imputées au constituant.
2. Le trust irrévocable à intérêts fixes : le constituant a établi des droits fermes et réguliers en faveur des bénéficiaires, qui sont alors imposés comme des usufruitiers.
3. Le trust irrévocable et discrétionnaire : le constituant se dessaisit de son patrimoine et fixe au *trustee* un cadre pour les distributions que celui-ci pourra décider ou non de verser au bénéficiaire. Il s'agit du cas de figure le plus fréquent. Les valeurs patrimoniales continuent d'être attribuées au constituant. Le *trustee* situé en Suisse n'est donc pas imposé sur les avoirs et les revenus du trust. Ce régime favorise bien évidemment certains constituants étrangers.

III. Le projet de trust suisse

A l'heure actuelle, il n'est pas possible de créer un trust selon le droit suisse. Une partie du monde politique et certains milieux d'affaires voudraient remédier à cela afin d'éviter que les ressortissants helvétiques ne se tournent systématiquement vers l'étranger pour constituer des trusts. Les tenants du trust suisse y voient un moyen de renforcer l'attractivité de la place économiques en complétant la palette des services financiers disponibles.

Il ressort du projet soumis à consultation que le trust suisse est conçu comme un instrument de planification successorale et de gestion du patrimoine. Le constituant qui

prend l'initiative de créer un trust détermine l'acte de constitution désignant le *trustee*, le protecteur (facultatif), le contenu et les objectifs du trust ainsi que les bénéficiaires. Si le trust est discrétionnaire – c'est-à-dire qu'il permet au *trustee* d'ajouter ou de retirer des bénéficiaires et de déterminer la part de chacun des bénéficiaires – et irrévocable (aucune disposition ne peut être changée), le constituant perd la propriété du patrimoine. On notera que le protecteur veille à la bonne exécution du trust par le *trustee*. Ce dernier administre pour sa part le trust en respectant le cadre de l'acte de constitution. Il devient propriétaire du patrimoine en cas de trust discrétionnaire et irrévocable.

En résumé, le trust helvétique reprend peu ou prou l'institution définie au sein du droit international privé, en l'occurrence la Convention de la Haye. Le projet prévoit d'insérer le trust au sein du code des obligations. Le trust constituerait une alternative aux structures destinées à assurer la transmission d'un patrimoine, à savoir la fondation, la fiducie et l'exécution testamentaire.

Le principal avantage du trust par rapport à la fondation est sa relative souplesse. On crée avec le trust une structure à long terme pour détenir un patrimoine, mais cette structure peut évoluer, être modifiée avec le temps pour tenir compte de changements de circonstances comme les déménagements d'une partie de la famille à l'étranger, la vente de l'entreprise familiale, les besoins spéciaux de certains membres de la famille, les investissements dans de nouvelles affaires ou à l'étranger. S'agissant de la fondation, une fois constituée, cette dernière est très difficile à modifier, ce qui en permet la longévité en dépit des changements de personnes à sa tête, mais est révélateur d'une certaine rigidité.

La fiducie représente un contrat de transfert de propriété entre un fiduciant et un fiduciaire, dans le but usuellement d'assurer la gestion des biens transmis. Elle ne sert pas directement à assurer la transmission de la propriété à des tiers. Enfin, l'exécuteur testamentaire a pour tâche d'exécuter les dernières volontés d'un défunt, mais son rôle se limite à transmettre le patrimoine sans en assumer la propriété, contrairement au *trustee* qui devient propriétaire dans la majeure partie des cas.

Au niveau fiscal, le projet reprend le régime actuel s'agissant des trusts révocables et des trusts irrévocables à intérêts fixes. Par contre, le système d'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires se voit apporter des changements importants. En substance, il s'agirait de procéder à une taxation des avoirs à chaque étape de la vie du trust. Cela impliquerait un impôt sur les successions ou les donations au moment de la constitution, dans la mesure où le constituant à son domicile en Suisse. Les revenus courants et le patrimoine seraient pour leur part soumis à l'impôt sur le bénéfice et sur le capital – à l'instar de la fondation –, si le bénéficiaire à son domicile en Suisse. Enfin, les prestations seraient soumises à l'impôt sur le revenu.

IV. Appréciation globale

a. Quelques éléments positifs

L'instauration d'un trust suisse pourrait effectivement permettre à la Confédération de se positionner face aux places financières concurrentes, notamment celles de Londres et de Luxembourg. A l'heure actuelle, l'application d'une institution de droit étranger comporte des nombreux inconvénients pour les particuliers et les entreprises souhaitant y recourir, notamment en termes de coûts. Les actes constitutifs du trust font par ailleurs appel à des notions étrangères à la tradition juridique suisse. L'introduction d'un trust de droit

suisse permettrait de faciliter l'accès à cette institution pour des actifs plus modestes. Le trust ne serait ainsi plus réservé exclusivement aux élites fortunées.

Il est à noter que le trust suisse n'entre manifestement pas en contradiction avec la stratégie d'argent propre mise en place par la Confédération. Le projet du gouvernement définit en effet des devoirs d'information et de documentation afin de mettre en œuvre les différentes prescriptions internationales en la matière. Les ayants droits économiques devront en particulier être identifiés. Les engagements actuels de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme, ainsi que dans le domaine de la transparence fiscale sont de toute évidence respectés.

Le projet a le bon goût de garantir la protection des tiers. La réglementation réserve en effet les dispositions légales protégeant les créanciers (révocation LP), le conjoint (réunion aux acquêts, récompenses) et les héritiers (rapports, action en réduction). Le trust suisse n'introduit par conséquent pas de brèche en matière de protection des tiers, ce qui n'est pas tout à fait le cas du droit anglo-saxon.

On relèvera finalement avec satisfaction que les trusts caritatifs sont exclus. Le trust suisse devrait ainsi ne pas entrer outre mesure en concurrence avec la fondation qui jouit d'une bonne réputation et qui répond aux besoins des différents acteurs dans ce domaine.

b. Un projet heurtant la tradition juridique helvétique

On ne répétera jamais assez que la Suisse n'est pas un pays de *common law*. Or, le trust constitue à l'origine une création jurisprudentielle des tribunaux d'*equity* britanniques. Partant, le trust est intrinsèquement contraire à notre tradition juridique. Certes, la Suisse connaît le concept de fiducie, mais cette dernière repose sur un rapport contractuel. Par ailleurs, les biens mis en fiducie font partie du patrimoine du fiduciant. Contrairement au droit anglo-saxon, les droits réels ne connaissent pas de démembrement de la propriété sous la forme d'une distinction entre *legal* et *equitable ownership*. Normalement, en droit suisse, une seule personne exerce la pleine maîtrise d'une chose.

Le trust implique un nouveau type de droit de propriété puisqu'il instaure un patrimoine d'affectation sans personnalité juridique. En d'autres termes, le *trustee* devient propriétaire des biens du trust sans que ces derniers n'entrent dans son patrimoine. Intégrer un tel concept au sein de l'ordre juridique suisse suppose donc une réforme des droits réels en sus d'un simple ajout au code des obligations. La notion de patrimoine séparé dans le trust remet effectivement en cause le principe d'unité du patrimoine ; sa compatibilité avec les principes cardinaux des droits réels – en particulier avec le numerus clausus – est d'ailleurs douteuse.

En tout état de cause, il paraît délicat d'introduire un nouveau type de droit réel au sein du code des obligations sans que le code civil suisse ne soit modifié, si tant est qu'il puisse *in fine* l'être. Le trust représente en effet une construction à part et souvent méconnue dans les pays de tradition romano-germanique.

A toutes fins utiles, on rappellera que la fondation n'a pour sa part jamais réussi à s'imposer dans les pays anglo-saxons, ce qui démontre l'importance du respect des traditions juridiques respectives. La fondation est une personne morale ; son patrimoine est affecté à un but spécial (sans droit subjectif de la part des destinataires, exception faite de la prévoyance professionnelle). La surveillance est quant à elle assurée par une autorité administrative. En somme, la fondation représente à bien des égards l'exact opposé du trust.

c. Un projet dont l'utilité n'est pas manifeste

Force est de constater que les *trust companies* n'ont absolument pas besoin d'un droit spécifique des trusts pour s'installer en Suisse. Il est parfaitement possible d'avoir un *trustee* basé en Suisse avec un trust soumis à un droit étranger. Les *trustees* profitent actuellement d'une réglementation assez souple. Au niveau fiscal, l'absence d'imposition sur les revenus et les biens du trust est un atout. Un droit local sur les trusts n'est pas nécessaire pour attirer les capitaux étrangers qui se satisfont du droit international privé.

Ainsi, le projet ne tend pas réellement à combler une lacune puisque la Suisse reconnaît les trusts de droit étranger depuis 2007. Il vise principalement à renforcer le modèle d'affaires des intermédiaires financiers suisses en leur attribuant de nouvelles compétences. Le trust suisse semble répondre en priorité aux besoins des professionnels de la place financière et peut se comprendre comme un instrument marketing destiné à proposer au client un guichet unique lui permettant d'avoir son trustee, son banquier et ses avoirs dans une même juridiction, le tout soumis au droit suisse.

d. De nombreuses difficultés potentielles

Alors que les fondations requièrent la forme authentique, le trust peut être constitué sur simple déclaration écrite. L'absence d'exigence de forme authentique pour un acte aussi important a de quoi laisser songeur. Certes, les trusts de droit étranger ne requièrent généralement pas la forme authentique. Cependant, le but du projet est d'insérer le trust au sein de l'ordre juridique suisse, qui tient la forme authentique en haute estime.

Au niveau procédural, le projet introduit un for en Suisse pour les litiges relevant des trusts. De tels litiges nécessitent des compétences spécifiques des tribunaux, étant entendu que la Cour est censée connaître le droit. Or, la Suisse ne dispose pas de juridiction spécialisée. Les tribunaux suisses n'ont quasiment aucune expérience en ce qui concerne les trusts et le concept d'équité, pourtant essentiel en la matière, est strictement encadré par la loi. A l'inverse, les juridictions anglo-saxonnes connaissent des tribunaux spécialisés et des jurisprudences séculaires. L'introduction du trust suisse risque donc fort de peser sur les autorités judiciaires et de générer des coûts importants.

Last but not least, l'un des objectifs du trust suisse est d'offrir aux parties de la sécurité juridique. Il faut cependant savoir que cette institution générera immanquablement son lot de litiges, ce d'autant qu'elle heurte la tradition juridique suisse. Il s'agira par conséquent d'attendre plusieurs années avant de disposer d'une jurisprudence fiable en matière de trust et donc d'une sécurité juridique suffisante.

e. Un volet fiscal très mal ficelé menant à une inique triple imposition

Si presque aucun changement n'est à signaler pour le trust révocable et le trust irrévocable à intérêts fixes, le nouveau régime fiscal proposé consiste à taxer chaque étape de la vie du trust irrévocable discrétionnaire. En bref, on applique au trust le régime fiscal de la fondation qui suppose une double imposition (impôts sur le bénéfice et sur le capital), d'abord au sein de la fondation puis auprès du bénéficiaire. Afin de boucler la boucle, lors de la distribution, les bénéficiaires devront encore s'acquitter de l'impôt sur le revenu. Cette triple imposition rend le recours au trust totalement rédhibitoire. Pire encore, un tel régime fiscal pourrait conduire des *trusts compagnies* à quitter la Suisse. L'option sélectionnée au sein du projet pénalise exagérément les constituants et les bénéficiaires.

Au lieu de tenter de générer des recettes fiscales supplémentaires, il eut été préférable de conserver le système existant.

V. Conclusion

Le trust suisse est conçu comme un instrument de structuration du patrimoine et de planification successorale. Son introduction pourrait permettre de dynamiser la place économique suisse en générant de nouvelles opportunités d'affaires. S'il est souhaitable de chercher à innover constamment, il n'est pas opportun de le faire au détriment de la tradition juridique suisse. L'anglicisation du droit génère de coutume plus de problèmes qu'elle n'en résout. Quoi qu'on en dise, le Centre Patronal estime qu'il est délicat d'intégrer le trust dans un système de droit civil continental.

Dans la plupart des cas, le trust ne semble pas adapté à une saine planification en Suisse car il ne s'intègre absolument pas dans notre ordre juridique. De plus, le trust est un véhicule extrêmement contraignant pour être utilisé comme il se doit, sans compter qu'il fait porter un risque fiscal important aux parties. Cet outil est surtout utile dans les Etats d'où il est originaire, Etats dont les juridictions disposent d'un arsenal juridique dédié.

Le Centre Patronal est d'avis que la situation actuelle – où le trust anglo-saxon est devenu une notion pleinement reconnue en droit suisse par le truchement du droit international privé – est satisfaisante. Le trust de droit étranger constitue un concept autonome qui n'a en l'état pas besoin d'être qualifié en fonction de concepts semblables en droit interne suisse.

Compte tenu du fait que le volet fiscal est désastreux et que le volet civil du projet n'emporte pas pleinement la conviction, le Centre Patronal rejette l'introduction du trust en droit suisse. Les intérêts de la place financière à étoffer l'offre existante ne doivent pas l'emporter sur le respect de la tradition juridique helvétique et sur la sécurité des citoyens et des institutions.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Centre Patronal

Jimmy Dupuis