

# Approche fiscale du trust en droit suisse

## Utilisation limitée en Suisse [1]

*L'institution du trust est-elle utile dans le cadre de la protection et de la transmission d'une entreprise [2]? Le trust peut être mis en place par exemple pour préserver, administrer et jouir d'un patrimoine en vue d'assurer à son conjoint et à ses descendants les moyens de subvenir à leurs besoins [3] ou encore pour assurer une mise en commun de fonds en vue de leur placement [4].*

### 1. Le fonctionnement du trust

Selon l'article 2 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, le trust présente les caractéristiques suivantes:

- les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;
- les biens sont inscrits au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee, mais pas au nom de celui qui a constitué le trust (settlor);
- le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation d'administrer, de gérer ou de disposer des biens, selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi, en faveur du ou des bénéficiaires.

Le trust est créé par un constituant, le settlor. Celui-ci peut être une personne physique ou morale. Le constituant peut se réserver le droit de révoquer le trust [5] et le droit de désigner des bénéficiaires [6]: on parle alors de trust révoquant. A l'inverse, si le constituant ne

se réserve pas de droit de révocation, on se trouve en présence d'un trust irrévocable, puisque le transfert des biens est définitif. Il en découlera des différences essentielles en matière fiscale.

Le trustee est la personne physique ou morale, désignée par le constituant dans l'acte constitutif, à laquelle sont



Pascal Favre, licencié en droit de l'Université de Lausanne et membre du Conseil d'administration de la Fiduciaire Michel Favre SA, Lausanne et Echallens/VD

confiés les biens constitués en trust. Il peut s'agir d'une seule ou de plusieurs personnes. Le trustee a l'obligation de veiller au transfert des biens à son nom, ou qu'ils lui soient cédés ou remis. Il devient ainsi le véritable propriétaire [7] des biens, sans qu'ils entrent dans son patrimoine et se mélangent avec ses propres avoirs. Ce patrimoine distinct n'est toutefois pas une personne morale. Le trustee répond du dommage résultant de l'inexécution ou d'une exécution imparfaite de ses devoirs. Sa responsabilité est personnelle, illimitée et solidaire en cas de pluralité de trustees.

Le bénéficiaire a le droit de consulter les documents du trust, incluant les comptes, et d'être informé sur les modalités d'administration du patrimoine, par exemple en ce qui concerne la politique de placement suivie.

Le trust qui nous intéresse ici est le «private express trust», utilisé dans des opérations familiales à caractère patrimonial. Il peut être constitué par un acte entre vifs ou à cause de mort, à titre révocable ou irrévocable. Il peut créer pour les bénéficiaires des créances ou des droits exigibles [8]: les bénéficiaires acquièrent alors une véritable créance à l'égard du trustee, renforcé d'un droit de suite à l'égard d'un tiers acquéreur de mauvaise foi. Il peut aussi, à l'inverse, créer seulement des expectatives, c'est-à-dire des attentes dépendant du pouvoir discrétionnaire du trustee [9].

Il peut arriver que le trust soit simulé: le constituant n'a en réalité pas la véritable volonté d'accorder une autonomie au trustee. La situation peut être problématique dans le cas où le constituant a créé un véritable trust et remis au trustee une lettre d'intention [10], dans laquelle il communique ses vœux

voire ses instructions quant au sort du patrimoine: dans ce cas, le trustee garde toute son autonomie, pour autant que la lettre d'intention ne fasse pas partie intégrante de l'acte constitutif du trust [11].

## 2. Le problème posé par la réserve héréditaire

Qu'en est-il de la réserve héréditaire? La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse [12]. La réserve héré-

taire, ou l'interdiction de la constitution de fideicommiss de famille.

Selon certains auteurs, un trust créé en application d'un testament ne peut être reconnu comme valable que si la disposition testamentaire en question est valable, quant à la forme et au fond, au regard du droit applicable à la succession, en l'occurrence le droit suisse. Par contre, si le trust est créé du vivant, il est en principe valable, sauf si l'apport des biens ou des droits au trust peut être qualifié de libéralité qui contreviendrait aux règles sur la réserve héréditaire et pour autant encore que les

éléments immobiliers de son patrimoine, localisés à l'étranger, dans un pays connaissant le trust;

- le constituant de nationalité suisse, domicilié à l'étranger, dans un pays connaissant le trust, choisit, en conformité avec le droit de son domicile étranger, de recourir au trust comme instrument de planification patrimoniale et successorale.

Un trust étranger peut-il se porter acquéreur d'un bien immobilier en Suisse? A priori, la réponse est négative en raison de la publicité et du numerus clausus des droits réels. Il faut relever que la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger [18] s'y opposerait de toute manière, sauf s'il est possible de démontrer que les bénéficiaires du trust sont résidents sur le territoire suisse et bénéficiaires d'un véritable droit.

---

*«Un citoyen suisse domicilié à l'étranger peut établir une planification successorale conforme au droit de son domicile à l'étranger, par hypothèse anglais, et créer un trust entre vifs ou par testament.»*

---

ditaire [13] doit être franche de toute charge. La constitution d'un trust pourrait avoir pour effet de priver des héritiers réservataires de leur réserve ou de grever celle-ci.

Un étranger domicilié en Suisse peut toutefois soumettre sa succession, par testament ou par pacte successoral, au droit de l'un de ses Etats nationaux [14]: un citoyen anglais en Suisse peut parfaitement choisir le droit anglais comme droit qui s'appliquera à sa succession et établir un trust selon la loi anglaise. Or, le droit anglais ne connaît pas la réserve héréditaire [15].

Un citoyen suisse domicilié à l'étranger peut établir une planification successorale conforme au droit de son domicile à l'étranger, par hypothèse anglais, et créer un trust entre vifs ou par testament.

Que se passe-t-il si ce citoyen revient en Suisse et y meurt, provoquant l'ouverture de la succession en Suisse? Il faut notamment vérifier s'il y a une fraude à la loi, c'est-à-dire la création artificielle d'un rattachement au droit anglais, dans le but de contourner les règles du code civil suisse sur la réserve hérédi-

taires du code civil suisse soient applicables à la succession.

Le trust express privé constitue un patrimoine organisé [16]: il a une existence juridique. Il ne sera pas reconnu dans un contexte purement national, mais le sera notamment lorsque:

- le constituant de nationalité étrangère, résidant en Suisse, opte pour la

---

*«Lorsque le patrimoine est affecté au trust de manière révocable, il n'est pas sorti de la sphère économique du constituant.»*

---

mise en place d'un trust testamentaire en conformité avec son droit national [17];

- le constituant de nationalité étrangère, résidant à l'étranger, met en place un trust en conformité avec son droit national, trust dont les bénéficiaires résident en Suisse;
- le constituant de nationalité suisse ou étrangère, résident en Suisse, choisit de constituer un trust pour certains

préciables en argent qui sont à la disposition d'une personne. Peu importe donc, en principe, la forme juridique des rapports de droit qui relient une personne à ces biens ou droits appréciables en argent: propriété, usufruit, ou autre institution de droit privé.

Le seul élément essentiel est l'effet économique de cette relation juridique, c'est-à-dire le fait que ces biens ou ces

droits appréciables en argent soient à la disposition de la personne en question: elle peut en user en tant que source de revenu. Il en résulte que la fortune est imposable en principe auprès de la personne pour laquelle elle représente une source de revenu.

En l'occurrence, un bénéficiaire, résident vaudois, d'un trust créé par son aïeul au Canada, dont il reçoit des revenus, a été imposé au titre de la fortune sur la valeur capitalisée des revenus du trust.

### 3.2 L'évasion fiscale

Peut-on se défaire d'un patrimoine, en créant un trust, afin d'échapper à l'impôt sur la fortune, voire sur le revenu, tout en conservant un pouvoir de ré-

- le choix de cette forme est abusif et a pour but de faire l'économie des impôts qui auraient été perçus si l'on avait normalement réglé l'affaire;
- la voie choisie entraînerait effectivement une notable économie d'impôts si l'autorité fiscale l'admettait.

Il s'agit en fait de sanctionner une réalité économique, puisque le constituant a maintenu la maîtrise économique sur les biens affectés au trust. Les mêmes principes sont applicables en cas de constitution d'une fondation de famille.

### 3.3 Comment la fortune et les distributions du trust sont-ils imposés?

Lorsque le patrimoine est affecté au trust de manière révocable, il n'est pas

lières, elles sont assimilées à la constitution d'un usufruit à titre gratuit de la part du constituant en faveur des bénéficiaires.

Lorsque le patrimoine est affecté au trust de manière irrévocable, il faut distinguer si les bénéficiaires ont un droit sur les attributions ou non:

- dans un fixed interest trust, les bénéficiaires sont nommément désignés. L'acte de disposition du constituant du trust est une donation au sens fiscal du terme, c'est-à-dire une attribution à titre gratuit du constituant. Le taux d'imposition devrait être celui déterminé par la relation de parenté entre le constituant et le bénéficiaire. On ne tient en conséquence pas compte du trustee, qui n'acquiert les biens du trust qu'à titre fiduciaire, puisqu'il n'a pas le pouvoir de disposer des biens ou droits de manière indépendante.

Le canton de Genève a édicté une Instruction [20] qui fixe les principes d'imposition lors de la constitution d'un fixed interest trust irrévocable: le premier bénéficiaire est imposé comme le bénéficiaire d'un usufruit, tandis que la valeur de la nue-propiété est imposée auprès de l'ultime bénéficiaire. Au décès du premier bénéficiaire, le bénéficiaire qui lui succède comme bénéficiaire du trust paie un impôt sur les donations, respectivement l'impôt sur les successions, calculé sur la valeur capitalisée des revenus, comme s'il s'agissait d'une rente viagère à titre gratuit. Lorsque le capital revient à l'ultime bénéficiaire, aucun impôt n'est dû, puisque la nue-propiété a déjà été imposée.

Le canton de Vaud qualifie la mise en place d'un tel trust de substitution fideicommissaire et impose au taux du

---

*«Dans un trust discrétionnaire, le bénéficiaire ne peut pas être imposé sur le revenu du trust tant et aussi longtemps que celui-ci ne lui a pas été attribué.»*

---

vocation, ou de modification des statuts du trust ou encore de disposer d'une autre manière du capital et des revenus? La réponse est clairement négative. Le Tribunal fédéral conclut à une évasion fiscale lorsque les éléments suivants sont réalisés:

- la forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale, en tout cas inadaptée aux circonstances économiques. Dans une jurisprudence récente [19], il suffit que le procédé choisi ne corresponde pas aux faits économiques;

sorti de la sphère économique du constituant. Le capital et les revenus du trust sont imposables auprès du constituant. Il s'agit notamment de la pratique des cantons de Vaud, Valais, Neuchâtel et Fribourg. Par ailleurs, les auteurs fiscaux sont d'avis que:

- les distributions qui sont faites de manière aléatoire à partir du patrimoine du trust à des bénéficiaires autres que le constituant du trust sont des donations du constituant à ces bénéficiaires;
- si les distributions à des bénéficiaires autres que le constituant sont régu-

bénéficiaire le plus éloigné en parenté du constituant;

- dans le discretionary trust, le constituant confère au trustee des pouvoirs étendus, délimités par l'acte constitutif: distribution de tout ou partie des revenus du trust, selon son pouvoir discrétionnaire, entre les membres de différentes classes de bénéficiaires ou versements à d'autres fins, accumulation des revenus du trust avant distribution, etc.

Selon les auteurs, le traitement fiscal devrait être négocié de cas en cas avec l'autorité fiscale; la constitution de ce trust équivaldrait à une donation à diverses classes d'ayants droit. L'impôt sur les donations devrait être

de la fortune commerciale, l'attribution sera assimilée à un transfert des éléments de la fortune commerciale dans la fortune privée et la différence entre la valeur vénale des biens transférés et la valeur comptable représentera un revenu imposable auprès du constituant.

### 3.5 L'imposition des revenus du trust

Dans le cas d'un fixed interest trust, le bénéficiaire est assimilé à un usufruitier. Le revenu généré dans le trust, distribué ou non, s'ajoute au reste du revenu imposable. La valeur capitalisée des revenus s'ajoute au reste de la fortune imposable du bénéficiaire.

### 3.7 Le traitement fiscal des distributions provenant de la fortune du trust

Dans le cas du fixed interest trust, il s'agit d'une attribution à titre gratuit, non soumise à l'impôt sur le revenu, mais entrant dans le champ de l'impôt sur les donations ou les successions.

Dans un trust discrétionnaire, il s'agit également d'une donation imposable, a priori au taux applicable selon le degré de parenté entre le constituant et le bénéficiaire.

### 3.8 Les conséquences si le constituant reste bénéficiaire du trust

Il est en effet fréquent que le constituant se réserve l'attribution des revenus du capital durant sa vie (life interest trust). Le constituant sera dans une position analogue à celle d'un usufruitier: il sera imposé pour les revenus du capital du trust, au titre de l'impôt sur le revenu, et, au titre de l'impôt sur la fortune, pour la fortune du trust.

---

*«Dans un trust discrétionnaire, il s'agit également d'une donation imposable, a priori au taux applicable selon le degré de parenté entre le constituant et le bénéficiaire.»*

---

prélevé immédiatement lors de la constitution du trust, à un taux d'imposition moyen qui tiendrait compte des divers degrés de parenté des bénéficiaires par rapport au constituant. La base de l'imposition serait constituée par la valeur du patrimoine apporté au trust et escompté pour tenir compte de la remise différée des biens aux bénéficiaires.

Le canton de Vaud paraît appliquer le taux d'imposition le plus élevé par analogie avec les règles applicables lors de la constitution d'une fondation ordinaire; il en est de même pour Berne, Neuchâtel et, semble-t-il, le Valais lorsque les bénéficiaires ne sont pas spécifiquement désignés.

### 3.4 L'apport d'un patrimoine commercial au trust

Quelles sont les conséquences fiscales pour le constituant du trust si l'apport concerne des biens commerciaux? Si les biens apportés au trust font partie

Dans un trust discrétionnaire, le bénéficiaire ne peut pas être imposé sur le revenu du trust tant et aussi longtemps que celui-ci ne lui a pas été attribué. Dans ces mêmes conditions, la fortune du trust n'est pas imposée auprès du bénéficiaire au titre de l'impôt sur la fortune. Cette solution est appliquée par les divers cantons, en ce qui concerne le revenu. En revanche, pour la fortune, la pratique des cantons apparaît incertaine.

### 3.6 L'imposition de la distribution des gains en capital provenant de la fortune du trust

Dans un fixed interest trust, ces distributions ne doivent, en principe, pas être soumises à l'impôt sur le revenu. Une analogie avec les porteurs de fonds de placement est possible.

Dans un trust discrétionnaire, une imposition est également écartée. Il appartient au bénéficiaire de démontrer la source des distributions du trust.

### 3.9 Une imposition intervient-elle auprès du trustee?

Dès lors que le trustee n'a pas l'usage des biens du trust pour son propre intérêt, les revenus et la fortune y relatifs ne peuvent pas lui être imputés. Les autorités fiscales reconnaissent le caractère fiduciaire de la mission assumée par le trustee et appliquent la Notice sur les Rapports fiduciaires [21].

## 4. Quelle utilité?

Les principales raisons pour lesquelles un trust pourrait être constitué sont les suivantes:

- détenir des avoirs de manière confidentielle et coordonnée;
- éviter des complications lors du décès du constituant du trust puisque, en particulier, les héritiers n'auront pas à supporter le fardeau de la liquidation des avoirs qui sont attribués au

- trust. Le trustee sera en charge de distribuer ces biens conformément aux souhaits du constituant;
- mettre à disposition des membres de la famille du constituant des moyens financiers sur une longue durée, puisque le trust permet de maintenir les avoirs détenus à travers la structure choisie pendant une certaine période en opérant des distributions échelonnées dans le temps en faveur des bénéficiaires, et en fonction de leur situation personnelle et de leurs besoins respectifs;
  - maintenir certains biens familiaux au sein de la famille pendant plusieurs générations;
  - dans certaines circonstances, assurer la protection financière de mineurs ou de jeunes adultes et les mettre à l'abri de leur inexpérience en matière de gestion financière, en particulier en évitant de les mettre en possession d'avoirs importants en une seule fois;
  - permettre aux héritiers du constituant d'organiser leur avenir financier en décidant de maintenir la structure ou pas après le décès du constituant, pour autant que ce pouvoir leur ait été réservé;
  - dans certains cas, maintenir l'entreprise familiale en évitant la division d'une société au décès de l'actionnaire principal, par exemple.

Dans toutes ces situations, l'outil du trust compléterait utilement la palette de moyens de planification à disposition.

## 5. Conclusion

L'utilisation du trust devrait rester marginale pour les citoyens suisses, résidents fiscaux suisses. Dans le cadre d'un transfert d'entreprise [22], son intérêt apparaît bien faible, au regard d'autres instruments tels que le pacte successoral ou l'indivision de famille. Les approches souvent diverses des autorités fiscales cantonales impliquent, dans des cas d'espèce, le besoin d'obtenir une confirmation expresse du traitement fiscal. Ce besoin, combiné à la difficulté pour les continentaux de bien comprendre l'institution même du trust, devrait en faire un outil peu fréquent, tant et aussi longtemps du moins que des instructions claires ne seront pas édictées par l'autorité fiscale fédérale et les cantons en ce qui concerne les impôts de succession et de donation.  $\equiv$

### Notes

1 Compte-rendu de la présentation faite par l'auteur lors du séminaire Successions de l'IREF, Lausanne, 4 décembre 2002.

2 Pour d'autres articles en relation avec le trust, dans l'Expert-comptable suisse: Sibilla Cretti, Trust, fondation et patrimoine artistique, 3/02 p. 228; Serge Dunand, Voyage au cœur des trusts, 9/00 p. 979, et Yves Bonnard, Le Protecteur d'un trust est-il un intermédiaire financier au sens de la LBA?, 8/99 p. 673. Pour la doctrine, dans la Semaine judiciaire: SJ 2000 II Fasc. 2, et SJ 1995 Fasc. 4. De la jurisprudence notamment dans SJ 2000 I Fasc. 17, SJ 1998 Fasc. 32, et SJ 1998 Fasc. 20.

L'auteur remercie Marc-Antoine Valazza pour ses remarques et suggestions.

3 Private trust.

4 Unit trust.

5 Power of revocation.

6 Power of appointment.

7 Legal owner.

8 Fixed interest trust.

9 Discretionary power.

10 Letter of wishes.

11 Act of trust.

12 Art. 90 al. 1 LDIP.

13 Art. 470 CC.

14 Art. 90 al. 2 LDIP.

15 ATF 112 II 136.

16 Art. 150 al. 1 LDIP.

17 Election de droit.

18 RS 211.412.41.

19 Archives 64,80.

20 Instruction n° 103 de mai 1977.

21 Octobre 1967.

22 Voir également Création, protection et transmission d'une entreprise, 3<sup>ème</sup> éd. 2000, Pascal Favre, Fiduciaire Michel Favre SA, Lausanne.

## ZUSAMMENFASSUNG

# Die steuerliche Behandlung des Trusts nach Schweizer Recht

Ist die Einrichtung eines Trusts zum Schutz und zur Übertragung von Unternehmen sinnvoll? Ein Trust kann z.B. eingerichtet werden, um ein Vermögen zu bewahren, zu verwalten und mit der Perspektive, Nutzen daraus zu ziehen; um Ehegatten und Nachfahren die Bestreitung ihres Lebensunterhalts zu sichern oder aber um eine Zusammenführung von Geldern zu Anlagezwecken zu ermöglichen.

Schweizer Bürger und in der Schweiz Steuerpflichtige werden wohl eher selten auf den Trust zurückgreifen. Im Rahmen der Übertragung eines Unternehmens ist der tatsächliche Nutzen gering, wenn man ihn mit anderen Werkzeugen, wie z.B. der vertraglichen Nachlassregelung oder der familiären Erbengemeinschaft, vergleicht. Da die kantonalen Steuerbehörden häufig unterschiedliche Ansätze verfolgen, ist es im Einzelfall notwendig, eine schrift-

liche Bestätigung der steuerlichen Behandlung durch die Behörden einzuholen. Zusammen mit der Schwierigkeit der Kontinentaleuropäer, die Institution des Trusts nachzuvollziehen, dürfte dies dafür sorgen, dass der Trust auch in Zukunft wenigstens so lange der Ausnahmefall bleiben wird, wie die Eidgenössische Steuerverwaltung und die Kantone – für die Fragen der Erbschafts- und Schenkungssteuer – keine eindeutigen Regeln erlassen. *PF/CHW*