



Introduction du trust: modification du code des obligations

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation

du 12 janvier 2022

Condensé

En réponse à la motion 18.3383, l'avant-projet vise à introduire l'institution juridique du trust dans le code des obligations, en apportant les adaptations nécessaires dans les autres textes législatifs) ainsi qu'au niveau du traitement fiscal. L'objectif 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.

Contexte

À ce jour, la Suisse ne dispose pas d'un droit des trusts à proprement parler. Les trusts étrangers sont toutefois largement diffusés et constituent une réalité juridique et économique. Ils sont pleinement reconnus en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye sur les trusts en 2007.

Depuis 2016, le Parlement a accepté trois interventions, qui demandent toutes essentiellement l'introduction d'un «trust suisse». La dernière en date, la motion CAJ-CE 18.3383 «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse», est mise en œuvre par le présent rapport. Même s'il s'agit au premier chef d'une institution juridique des pays de common law, elle puise ses racines dans le droit romain et plusieurs pays de traditions civilistes ont, au fil des ans, introduit dans leur législation interne le trust ou des constructions analogues (fiducie, Treuhand). En envisageant d'intégrer le trust à son ordre juridique, la Suisse suit la tendance au niveau européen et international.

Pour l'élaboration de la proposition de réglementation, l'administration a été soutenue par un groupe d'experts en droit civil et un groupe de travail en droit fiscal composés de spécialistes internes et externes. Une analyse d'impact de la réglementation a été effectuée pour examiner les conséquences économiques du projet d'introduction d'un trust suisse. Le rapport d'analyse, publié en 2019, conclu à l'existence de ce que l'on appelle un échec de la réglementation (Regulierungsversagen), qui se traduit par le besoin d'un instrument pratique de planification du patrimoine. Le trust suisse permettrait de combler ce besoin, ouvrant ainsi de nouvelles opportunités d'affaires et constituant une chance pour la place financière.

Contenu du projet

L'avant-projet prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique dans le CO. Le trust proposé présente les caractéristiques essentielles d'un trust de droit anglo-saxon et répond à la définition de la convention de La Haye. Il constitue ainsi une réelle alternative pour les personnes, physiques et morales, qui ne veulent ou ne peuvent recourir à une institution juridique étrangère ou à une autre institution existante du droit suisse. Par ailleurs, la proposition n'est pas calquée sur le modèle d'un droit étranger, mais repose sur des règles et des principes déjà connus du droit suisse, ce qui garantit un haut degré de sécurité juridique.

Le cadre légal proposé respecte les limitations du droit de disposer prévues dans le droit existant en matière matrimoniale, successorale et autre. Il garantit ainsi que le constituant ne puisse se dessaisir de ses biens au détriment des tiers. Au reste, il offre la flexibilité nécessaire pour permettre une utilisation du trust à différentes fins et dans différents contextes: trust privé ou commercial, à des fins de planification patrimoniale, successorale, de sûreté, de détention d'actifs, etc. Seule la constitution de trusts caritatifs et autres purpose trusts, est expressément exclue par l'avant-projet, ceci pour ne pas concurrencer la forme juridique de la fondation qui jouit d'une très bonne réputation et semble répondre aux besoins des différents acteurs dans ce domaine. Cela n'exclut pas que des modifications du droit des fondations, notamment dans le domaine des fondations de familles, puissent être envisagées ultérieurement pour atteindre des buts similaires à ceux d'un trust, le Conseil fédéral se montrant ouvert à cette idée. En outre, le trust ne peut être constitué que pour une durée limitée, qui ne peut pas excéder 100 ans. Les limitations du but et de la durée correspondent à la conception traditionnelle des pays common law.

Étant donné que le trust suisse pourra également être utilisé à l'étranger, il est important qu'il soit compatible avec les exigences de transparence des normes internationales. La proposition tient donc compte des engagements de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, ainsi que dans le domaine de la transparence fiscale. Elle prévoit les dispositions nécessaires pour garantir une pleine conformité avec les exigences du GAFI et du Forum mondial, essentiellement en ce qui concerne les obligations d'identification et de vérification des ayants-droit économiques par le trustee. Dans la mesure où la réglementation anti-blanchiment en vigueur dans notre pays limite de façon adéquate le risque qu'un trust soit utilisé à des fins abusives, la possibilité de constituer un trust selon le droit suisse ne représente pas un facteur d'aggravation du risque.

L'introduction du trust en droit suisse implique une réglementation explicite de ces nouveaux rapports juridiques dans les lois fiscales. Actuellement, les rapports de trust sont imposés conformément aux principes généraux du droit fiscal et à deux circulaires. La réglementation de droit fiscal proposée se fonde sur la pratique existante, qui consiste à imputer les revenus du trust au constituant s'il s'agit d'un trust révocable, et aux bénéficiaires qui peuvent faire valoir des prétentions dans le cas des trusts irrévocables (Irrevocable Fixed Interest Trusts). Elle est conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive économique et sa codification répond au principe de légalité. S'agissant du irrevocable discretionary trust, le patrimoine du trust et ses revenus seront attribués au trust, qui sera traité comme une fondation en tant que sujet fiscal indépendant, à la condition qu'au moins un des bénéficiaires soit domicilié en Suisse. 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. Si le trust est réputé domicilié à l'étranger en vertu de la Convention contre les doubles impositions applicable, la Suisse n'est pas habilitée à le taxer. Dans ce cas, le revenu et le patrimoine du trust seront imputés au constituant (règle subsidiaire). En ce qui concerne l'imposition en Suisse des trusts administrés à l'étranger qui ont des bénéficiaires en Suisse, une responsabilité solidaire du constituant et des bénéficiaires en Suisse est prévue pour l'impôt grevant le trust. Pour les dispositions patrimoniales qui ont déjà été prises,

des règles transitoires sont prévues (grandfathering), conformément au principe de la bonne foi.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	9
1.1 Le trust en Suisse	9
1.1.1 Remarque générale	9
1.1.2 Qu'est-ce qu'un trust?	9
1.1.3 Reconnaissance et diffusion du trust en Suisse	12
1.1.3.1 Adoption de la CLHT	12
1.1.3.2 Compatibilité du trust avec l'ordre public suisse	13
1.1.3.3 Pas de trusts suisses, mais des trusts en Suisse	13
1.1.4 Les règles applicables aux trusts	14
1.1.4.1 Règles de droit international privé	14
1.1.4.2 Règles de droit matériel dans le domaine des poursuites et du registre foncier	15
1.1.4.3 Dispositif de surveillance des trusts	15
1.1.4.4 Régime fiscal	17
1.1.5 Les fonctions et types de trust	17
1.1.6 Délimitation par rapport aux institutions du droit suisse	19
1.1.6.1 Délimitation par rapport à la fondation	19
1.1.6.2 Délimitation par rapport à la fiducie	21
1.1.6.3 Autres institutions et instruments	22
1.1.7 Importance économique des trusts	24
1.2 Nécessité d'agir et objectifs visés	24
1.2.1 Interventions parlementaires	24
1.2.1.1 Postulat 10.3332 «Analyse sur l'éventuelle création d'une législation suisse sur les trusts»	24
1.2.1.2 Postulat 15.3098 «Faut-il légiférer sur les trusts ?»	25
1.2.1.3 Initiative parlementaire 16.488 «Codifier le trust dans la législation suisse»	25
1.2.1.4 Motion 18.3383 «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse»	26
1.2.2 Travaux préparatoires	26
1.2.3 Objectifs visés	26
1.2.3.1 Remédier à un échec de la réglementation	26
1.2.3.2 Renforcement de la place financière et de l'industrie financière	27
1.2.3.3 Autres objectifs	27
1.3 Solutions étudiées et solution retenue	28
1.3.1 Réception du trust dans l'ordre juridique suisse	28
1.3.2 Solution retenue: codification du trust dans le code des obligations	29
1.3.3 Modification du droit des fondations	30
1.4 Analyse d'impact de la réglementation (AIR)	32

2	Traitement fiscal des trusts	33
2.1	Traitement fiscal des trusts dans la LIFD et la LHID	33
2.2	Traitement fiscal du trustee dans la LIFD et la LHID	33
2.3	Traitement fiscal du constituant et des bénéficiaires dans la LIFD et la LHID	34
2.4	Impôts sur les donations et sur les successions	36
2.5	Impôt anticipé et impôts à la source étrangers	36
2.6	Droits de timbre	38
2.7	Taxe sur la valeur ajoutée	38
2.8	Appréciation de la pratique actuelle	40
3	Dispositions applicables aux trusts en matière de transparence et de lutte contre le blanchiment d'argent	43
3.1	Normes internationales	43
3.1.1	Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme	43
3.1.2	Transparence en matière fiscale	44
3.2	Conformité du droit suisse avec les normes internationales	45
3.3	Exigences posées à un trust de droit suisse	46
3.4	Évolution des normes internationales	48
3.5	Transparence selon les prescriptions internationales	48
4	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	48
4.1	Généralités	48
4.2	Pays de Common-Law	49
4.2.1	Angleterre	49
4.2.2	Iles Caïmans	51
4.2.3	Jersey	52
4.3	Pays de tradition civiliste et mixte	52
4.3.1	Ecosse	52
4.3.2	Québec	53
4.3.3	Liechtenstein	54
4.3.4	France	55
4.4	Droit de l'Union Européenne	56
5	Présentation du projet	57
5.1	Réglementation proposée	57
5.1.1	Codification du trust dans le CO	57
5.1.1.1	Trust comme institution juridique <i>sui generis</i>	57
5.1.1.2	Trust au sens de la CLHT, dans l'intérêt de bénéficiaires	58
5.1.1.3	Durée limitée et révocabilité du trust	59
5.1.1.4	Constitution du trust par acte unilatéral du constituant (acte de trust) et transfert des biens	59

5.1.1.5	Devoirs et droits du trustee	60
5.1.1.6	Droits des bénéficiaires	62
5.1.1.7	Patrimoine du trust détenu de manière séparée par le trustee	63
5.1.1.8	Droit de suite sur les biens du trust	64
5.1.1.9	Intervention du tribunal	64
5.1.1.10	Arbitrage	65
5.1.2	Mise en oeuvre des prescriptions internationales en matière de transparence	65
5.1.3	Adaptation du cadre légal existant sur les trusts	65
5.1.4	Modification du régime fiscal	67
5.1.4.1	Nécessité d'agir	67
5.1.4.2	Description des options	68
5.1.4.3	Conséquences fiscales des options	71
5.1.4.4	Évaluation des options	74
5.1.4.5	Justification de la réglementation proposée	80
5.2	Mise en oeuvre	82
5.2.1	Ordonnance sur le registre foncier	82
5.2.2	Autre ordonnance portant sur des registres publics	82
6	Commentaire des dispositions	83
6.1	Code des obligations (CO)	83
6.2	Code civil (CC)	103
6.3	Code de procédure civile (CPC)	105
6.4	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)	106
6.5	Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)	107
6.6	Code pénal (CP)	107
6.7	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LFID)	108
6.8	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)	110
6.9	Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA)	110
6.10	Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin)	111
7	Conséquences	111
7.1	Conséquences pour la Confédération	111
7.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	111
7.3	Conséquences économiques	111
7.4	Conséquences sociales	112
8	Aspects juridiques	112
8.1	Constitutionnalité	112
8.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	113
8.3	Forme de l'acte à adopter	113

8.4	Frein aux dépenses	113
8.5	Délégation de compétences législatives	113
8.6	Protection des données	113

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Le trust en Suisse

1.1.1 Remarque générale

Même si l'institution du trust n'est pas prévue en tant que telle en droit suisse, les trusts existent bel et bien dans notre pays et constituent une réalité juridique et économique: au plus tard depuis le 1^{er} juillet 2007, date de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLHT)¹, les trusts étrangers sont reconnus en vertu de cette convention et des règles du droit international privé (voir à ce sujet le ch. 1.1.3), et sont soumis au droit suisse ou à des règles suisses spécifiques, notamment en ce qui concerne la transparence et la surveillance (voir ch. 1.1.4.3) et les impôts (voir ch. 1.1.4.4). Les différentes formes de trusts ont des fonctions économiques distinctes (voir ch. 1.1.5), de sorte que cette institution revêt aujourd'hui une importance économique non négligeable en Suisse (voir ch. 1.1.7).

1.1.2 Qu'est-ce qu'un trust?

Le trust est une institution juridique issue d'une longue tradition historique des pays de *common law*, qui puise ses racines jusque dans le droit romain². Il ne s'agit ni d'une personne morale, ni d'un contrat, mais d'une institution juridique distincte qui ne peut être assimilée ni à la fondation ni à la fiducie de droit suisse (voir ci-dessous, ch. 1.1.6). Tenter de définir le trust est un exercice périlleux. En règle général, les pays de *common law* ne donnent pas de définition légale du trust et la doctrine juridique est plus encline à décrire les caractéristiques du trust qu'à en donner une définition abstraite et générale.³ Le trust peut néanmoins se définir comme désignant les relations juridiques de droit privé en vertu desquelles des biens (biens du trust ou *trust fund*) ont été placés sous le contrôle d'une personne (le *trustee*) chargée de les administrer et d'en disposer dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Les éléments de cette définition correspondent à ceux donnés à l'art. 2 CLHT⁴ et au ch. 2.1 de la Circulaire n° 30 «Impositions des trusts» de la Conférence suisse des impôts du

¹ RS 0.221.371

² Sur les origines romaines du trust, voir IRINA GVELESIANI, The Roman origin of the trust, in *Trusts & Trustees*, December 2020, p. 907 - 915.

³ LUC THÉVENOZ, *Trust en Suisse*, 2001, p. 20.

⁴ Selon l'art. 2, al. 1, «le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs 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.»

22 août 2007 (Circulaire n° 30)⁵ et reprennent les trois conditions essentielles (*three certainties*) pour qu'en droit anglo-saxon, on admette l'existence d'un trust: tout d'abord, il doit clairement ressortir des paroles et des actes du constituant qu'il veut constituer un trust (*certainty of intention*) ; ensuite, le patrimoine avec lequel le constituant veut constituer le trust doit être clairement défini ou définissable (*certainty of subject matter*); enfin, les bénéficiaires du trust doivent être clairement établis (*certainty of object*).⁶

Même s'il existe également des trusts qui naissent de par la loi ou par une décision judiciaire (*resulting trusts*, *constructive trusts* et *statutory trusts*), la plupart des trusts sont créés par un acte unilatéral du constituant (ou *settlor*) par lequel celui-ci affecte des biens déterminés au trust et en transfère la propriété au trustee⁷. Ces trusts sont appelés «trust volontaire» ou «*express trust*». D'un point de vue formel, un trust volontaire repose sur une manifestation de volonté du constituant qui contient la désignation des bénéficiaires ou du but ainsi que des indications sur la manière dont le trustee doit administrer, gérer et disposer des biens du trust. La manifestation de volonté du constituant est contenue dans l'acte de trust (*trust deed*). Elle doit généralement être faite par écrit, mais certains ordres juridiques admettent les trusts oraux (voir ch. 4.2). La déclaration du constituant peut être faite de son vivant (trust *inter vivos*) ou par une disposition pour cause de mort (trust testamentaire). Elle ne suffit cependant pas à la constitution du trust qui en principe ne prend valablement effet qu'avec le transfert des biens au trustee et l'acceptation, expresse ou tacite, de ses fonctions par celui-ci.

En principe, le trust est créé en faveur de bénéficiaires. Ceux-ci doivent être identifiés ou à tout le moins identifiables. Les bénéficiaires du trust peuvent se voir reconnaître un droit ferme à une distribution qu'ils peuvent faire valoir en justice (trust fixe ou *fixed interest trust*) ou ne bénéficier que d'une simple expectative soumise au pouvoir discrétionnaire du trustee (trust discrétionnaire ou *discretionary trust*). Dans cette seconde hypothèse, le montant et le moment des distributions sont laissés à la libre appréciation du trustee, dans le respect des conditions fixées dans l'acte de trust. Outre le droit à la distribution reconnu dans l'acte de trust, les bénéficiaires ont le droit d'exiger des comptes de la part du trustee et disposent de prétentions (*remedies*) lorsque ce dernier manque à ses obligations. Ils ont notamment le droit d'exiger la restitution des biens du trust aliénés en violation des obligations résultant du trust (droit de suite ou *tracing*). Exceptionnellement, un trust peut être dénué de bénéficiaires identifiables. Il doit alors avoir un objet ou un but et le trustee a le devoir d'exercer ses pouvoirs en vue de la réalisation de ce but. On parle dans ce cas d'un *purpose trust*. Dans certains pays de *common law*, un *purpose trust* ne peut être vala-

⁵ Circulaire n° 30 «Impositions des trusts» de la Conférence suisse des impôts du 22 août 2007 (Circulaire n° 30) (disponible sous www.steuerkonferenz.ch > Documents > Circulaires) selon laquelle «la notion de trust décrit un rapport juridique ayant effet à l'encontre des tiers, qui prend naissance lorsque, sur la base d'un document de constitution (*trust deed*), le constituant (*settlor*) transfère des valeurs patrimoniales déterminées à une ou plusieurs personnes (*trustees*), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but établi à l'avance par le *settlor* en faveur d'un ou de plusieurs tiers (*beneficiaries*)».

⁶ ROMAN CINCELLI, *Der Common Law Trust - Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz*, 2017, n° 189.

⁷ THEVENOZ, *Trust en Suisse*, 2001, p. 20 s. GUILLAUME GRISEL, *Le trust en Suisse*, 2020, p. 3.

blement formé que s'il poursuit un but d'utilité publique (*charitable trust*). D'autres, notamment les juridictions dites *offshore*, permettent la constitution de trusts sans bénéficiaires et ne poursuivant aucun but d'utilité publique que l'on appelle *private purpose trusts*.

Conformément au principe de la *Rule against perpetuities*, le trust est généralement constitué pour une durée limitée, prévue dans l'acte de trust, la loi ou la jurisprudence. Cette durée est définie par la loi ou la jurisprudence et varie d'un pays à l'autre. En Angleterre par exemple, la durée maximale autorisée est de 125 ans. Ces dernières années, plusieurs juridictions se sont affranchies de cette règle et autorisent la constitution de trusts perpétuels.

A son entrée en fonction, le trustee devient propriétaire des biens du trust (*trust fund*). Cela signifie qu'il devient titulaire de l'ensemble des droits et obligations qui y sont rattachés. Il exécute ses obligations envers les bénéficiaires en son nom, et non en qualité d'organe ou de représentant du trust. Même si le trustee en a la propriété légale (en *common law*: *legal interest*), les biens du trust forment un patrimoine séparé de son patrimoine personnel. Ils ne peuvent pas être saisis par les créanciers personnels du trustee, ne tombent pas dans la masse en faillite et n'entrent pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du trustee. Par ailleurs, le trustee ne peut pas disposer librement des biens du trust. Il doit les administrer, les gérer et en disposer dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires ou conformément au but du trust.

La création du trust donne naissance à des relations juridiques entre le trustee et les bénéficiaires. En principe, le constituant disparaît de ces relations et n'intervient plus dans la vie du trust. Mais il peut se réserver certains droits au moment de la constitution. Le constituant a ainsi la faculté de se favoriser lui-même en se désignant comme bénéficiaire du trust. Il peut également conserver un pouvoir de contrôle sur le trustee, par exemple en s'octroyant la possibilité de concourir ou de s'opposer aux décisions importantes. Le constituant peut en outre se réserver le droit de dissoudre ultérieurement le trust et de s'approprier le patrimoine restant. Le trust est alors qualifié de «révocable».⁸ A l'inverse, dans un trust irrévocable, le trust ne peut pas être révoqué et le constituant perd donc tout droit sur les biens transférés dans le fonds du trust. Dans ce cas, le dessaisissement est total et définitif.

Aux côtés des trusts des pays de *common law*, il existe des constructions juridiques qui présentent des caractéristiques communes et leur sont parfois assimilés (voir ch. 4.1). Ainsi, le terme de trust utilisé dans la CLHT recouvre non seulement les trusts anglo-saxons, mais également certaines institutions apparentées d'autres juridictions.⁹

⁸ Message du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (FF 2006 561 568).

⁹ Voir art. 31 de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (JO L 141 du 5.6.2015, p. 73), dans la version actuelle.

De façon similaire, le GAFI¹⁰ et le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales¹¹ assimilent certaines constructions juridiques au trust exprès et les soumettent à des règles de transparence identiques. Il en va de même de la directive anti-blanchiment de l'Union européenne.¹² Sont explicitement cités parmi les constructions similaires au trust, le *fideicomiso* (de certains pays de droit civil), la *fiducie* (de droit français), le *treuhand* (de droit allemand) ou le *waqf* (de droit islamique).¹³ A noter que lors du dernier exercice d'évaluation de la Suisse par le GAFI, il a été retenu que la fiducie de droit suisse n'était pas une construction juridique similaire au trust. L'élément déterminant est que la fiducie suisse ne permet pas la constitution d'un patrimoine distinct, avec pour conséquence que les biens et droits confiés par le fiduciaire tombent dans la masse en faillite du fiduciaire.¹⁴

1.1.3 Reconnaissance et diffusion du trust en Suisse

1.1.3.1 Adoption de la CLHT

Avant l'entrée en vigueur de la CLHT en 2007, il n'existait pas de dispositions spécifiques pour la reconnaissance des trusts de droit étranger, même si la doctrine dominante et la jurisprudence l'ont reconnu en grande partie.¹⁵ Depuis, il existe une base légale claire pour reconnaître aux trusts étrangers les effets juridiques donnés par la loi étrangère à laquelle il est soumis, ce qui a encore renforcé la sécurité juridique. Pour autant qu'il ait été valablement constitué en vertu d'un droit étranger, un trust doit être reconnu même lorsqu'il présente des liens étroits avec la Suisse, également lorsque le constituant, le trustee et les bénéficiaires sont tous domiciliés en Suisse. Cette reconnaissance est toutefois limitée aux trusts qui répondent aux critères de la CLHT. Elle couvre donc aussi bien les trusts créés du vivant du constituant que les trusts testamentaires. Elle vaut autant pour les trusts créés dans l'intérêt de bénéficiaires que pour ceux créés dans un but déterminé («*purpose trust*»), qu'il s'agisse d'un but de bienfaisance («*charitable trust*») ou d'un but privé («*private purpose*

¹⁰ Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Les recommandations du GAFI, 2012 (www.fatf-gafi.org > Publications > Recommandations GAFI). Les recommandations relatives à la transparence et aux bénéficiaires effectifs des trusts et autres constructions juridiques figurent à la recommandations 25 du GAFI et sont précisées dans une note interprétative.

¹¹ OCDE, Guide de mise en œuvre du bénéficiaire effectif, 2019, p. 13 ss (www.oecd.org/tax/transparency > Ressources > Reports and guidance).

¹² Directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.

¹³ Voir la définition des constructions juridiques donnée par le GAFI dans son glossaire: «L'expression *constructions juridiques* désigne les trusts exprès ou les constructions juridiques similaires. Des exemples de constructions similaires (aux fins de LBC/FT) sont le trust, le Treuhand ou le fideicomiso.» (www.fatf-gafi.org > glossaire du GAFI > constructions juridiques); voir également le guide de l'OCDE, p. 14 (voir nbp 11).

¹⁴ Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Suisse, Rapport d'évaluation mutuelle, décembre 2016, ch. 87 p. 33 (www.fatf-gafi.org > publications).

¹⁵ GRISEL, *op. cit.*, p 97; message CLHT, p. 572.

trusts)).¹⁶ Le trust ne doit pas nécessairement être constitué par un acte écrit mais peut également résulter d'une déclaration orale. La définition de la CLHT ne vise que les trusts constitués par acte juridique.

1.1.3.2 **Compatibilité du trust avec l'ordre public suisse**

Depuis la ratification de la CLHT, il ne fait plus aucun doute que le trust est compatible avec notre ordre juridique.¹⁷ Tout comme l'art. 335 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)¹⁸ ne fait pas obstacle à la reconnaissance des trusts étrangers en Suisse,¹⁹ il ne s'oppose d'aucune manière à l'introduction d'un trust suisse. Les autres éléments caractéristiques du trust sont également compatibles avec notre ordre public. Il en va ainsi notamment de la séparation des biens du trust du patrimoine personnel du trustee, ainsi que leur distraction dans la faillite du trustee.²⁰ Il a également été considéré que les réserves héréditaires, les règles de publicité du droit civil et le *numerus clausus* des droits réels, ne faisaient pas obstacle à la reconnaissance du trust en Suisse.²¹

1.1.3.3 **Pas de trusts suisses, mais des trusts en Suisse**

Au plus tard depuis la ratification de la CLHT, les trusts constitués volontairement selon un droit étranger (trust exprès ou *express trusts*) jouissent d'une pleine reconnaissance en Suisse. Toutefois, la création d'un trust dans notre pays nécessite de recourir à une institution de droit étranger. En effet, à ce jour, notre législation ne possède pas de droit matériel des trusts qui permettrait la création d'un trust de droit suisse. L'idée de l'introduction du trust dans l'ordre juridique suisse n'est pas nouvelle.²² Elle était évoquée dans les années 1950 déjà²³ et a fait l'objet d'un regain d'intérêt au moment de la ratification de la CLHT. Une adaptation du code des obligations du 30 mars 1911 (CO)²⁴ visant à introduire une codification du droit suisse de la fiducie s'appuyant sur le droit des trusts avait alors été examinée. Cette proposition, issue de l'étude conduite par le professeur Luc Thévenoz et publiée en 2001, a finalement été écartée.²⁵ A l'époque, il a été considéré qu'une telle codification n'était pas souhaitable et qu'elle n'était pas nécessaire pour la mise en œuvre de la CLHT en Suisse. Le message relevait néanmoins qu'à long terme, il pourrait être utile

¹⁶ GRISEL, *op. cit.*, p. 98.

¹⁷ Message CLHT, p. 586 ss; FLORENCE GUILLAUME, Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite, 2000, RSDIE 1/20, p. 1-36.

¹⁸ RS 210

¹⁹ ATF 135 III 614

²⁰ Arrêt 5C.169/2001 consid. 6b.dd.

²¹ GRISEL, *op. cit.*, p. 111 ss.

²² CINCELLI, *op. cit.*, n° 680.

²³ FRIEDRICH GUBLER, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, ed. Hebling, 1954. Revue de droit suisse 1954 II pp. 215a-476a.

²⁴ RS 220

²⁵ Voir THÉVENOZ, Trust en Suisse, 2001 (nbp 3).

d'examiner la question d'une codification, qui aurait notamment l'avantage d'offrir aux personnes intéressées en Suisse une alternative au trust étranger.²⁶

Aujourd'hui, les trusts jouent un rôle important pour la place financière suisse, notamment dans le secteur de la gestion de fortune privée (voir ch. 1.1.7). La ratification de la CLHT et les adaptations ponctuelles du cadre légal et réglementaire²⁷ qui l'ont accompagnée ont permis d'offrir à l'industrie du trust la sécurité juridique dont elle avait besoin pour prospérer. Toutefois, le marché du trust en Suisse est essentiellement tourné vers une clientèle étrangère. Les résidents suisses restent majoritairement réticents à recourir à un trust étranger comme outil d'organisation et de structuration de leur patrimoine ou dans le cadre de transactions commerciales.²⁸ L'application d'un droit des trusts étrangers, et le manque de familiarité avec les concepts de *common law* sur lequel il repose, constitue un obstacle majeur qui détourne la clientèle suisse, la privant ainsi des avantages que le trust pourrait lui procurer.

1.1.4 Les règles applicables aux trusts

1.1.4.1 Règles de droit international privé

Lors de l'entrée en vigueur de la CLHT pour la Suisse en 2007, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²⁹ a été modifiée, avec l'ajout d'un nouveau chapitre 9a relatif aux trusts (art. 149a à 149e LDIP) inséré entre le chapitre qui concerne le droit des obligations et celui qui a trait au droit des sociétés. La LDIP ne propose pas sa propre définition du trust et se contente de renvoyer à celle de la CLHT (art. 2 CLHT). De même, en ce qui concerne la loi applicable, l'article 149c, al. 1, LDIP renvoie aux dispositions pertinentes de la CLHT: le trust est régi, au premier chef, par la loi choisie par le constituant (art. 6 CLHT). La liberté de choix du constituant n'est limitée par aucun critère. Il peut choisir la loi de n'importe quel pays connaissant l'institution du trust. A défaut d'élection de droit, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7 CLHT). La loi du trust régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust (art. 8 CLHT). Les questions de compétence et de reconnaissance des décisions étrangères sont traitées directement dans la LDIP, ou dans la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL)³⁰ lorsque celle-ci s'applique. Selon l'art. 149b LDIP, l'élection de for selon les termes du trust est déterminante dans les affaires relevant du droit des trusts. L'élection de for est valable aussi bien pour la juridiction contentieuse que pour la juridiction gracieuse. Selon l'art. 149e LDIP, les décisions étrangères dans des affaires relevant du droit des trusts doivent être reconnues lorsqu'elles ont été rendues par tribunal compétent en vertu d'une

²⁶ Message CLHT, p. 593.

²⁷ Dispositions d'accompagnement dans la LDIP et la LP, lignes directrice en matière d'imposition des Trusts, régime d'autorisation et de surveillance des trustee professionnels, voir GRISEL, *op. cit.* p. 329.

²⁸ LUC THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, in: RSDA 2/2018, pp. 99 ss, p. 101.

²⁹ RS 291

³⁰ RS 0.275.12

élection de for, ou si elles ont été rendues dans l'Etat du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement stable du défendeur, dans celui du siège du trust, ou encore celui dont la loi régit le trust. L'art. 149d LDIP comprend par ailleurs une disposition sur la mention des trusts dans le registre foncier ou dans les registres existants de la propriété intellectuelle.

1.1.4.2 Règles de droit matériel dans le domaine des poursuites et du registre foncier

En adhérant à la CLHT, la Suisse s'est engagée à reconnaître le trust pour ce qu'il était et a renoncé à l'appréhender en procédant par analogie avec des institutions juridiques de droit suisse. La Suisse a dès lors accepté d'adapter son ordre juridique pour permettre au trust de produire ses effets juridiques. Des modifications ont notamment été apportées en matière de droit des poursuites et de la faillite, afin de garantir la ségrégation du patrimoine du trust et du patrimoine personnel du trustee. Un nouveau titre, composé de deux articles, a été ajouté dans la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)³¹. Ces dispositions permettent d'une part de prendre en compte la séparation du patrimoine personnel du trustee de celui du trust et d'autre part de définir la procédure d'exécution forcée visant les biens d'un trust.³²

Le droit du registre foncier a aussi été modifié pour permettre la mention qu'un bien fait partie du patrimoine d'un trust (art. 149d LDIP et ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF),³³ ceci afin de garantir le principe de publicité en droit suisse.

1.1.4.3 Dispositif de surveillance des trusts

Même si à l'époque de la ratification de la CLHT, l'adoption de dispositions de surveillance des trusts avait été discutée mais ensuite écartée³⁴, un dispositif de surveillance des trusts est en place dans les nouvelles lois fédérales du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin)³⁵ et sur les établissements financiers (LEFin)³⁶, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Aujourd'hui, les trustees qui, à titre professionnel, gèrent des trusts depuis la Suisse sont assujettis au régime d'autorisation et de surveillance mis en place par la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin). Les trustees sont considérés comme des établissements financiers au sens de cette loi s'ils exercent leur activité à titre professionnel (art. 2, al. 1, let. b, LEFin).³⁷ Les trustees qui souhai-

³¹ RS 281.1

³² A ce sujet, voir AUDE PEYROT, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, 2011.

³³ RS 211.432.1

³⁴ Message CLHT, p. 594.

³⁵ RS 950.1

³⁶ RS 954.1

³⁷ Voir art. 19, al. 1, de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFin, RS 954.11) qui utilise les mêmes critères que la LBA pour définir l'activité professionnelle (voir nbp. 41).

tent exercer une activité de trustee à titre professionnel en Suisse doivent s'assujettir à la surveillance d'un organisme de surveillance autorisé par la FINMA et obtenir une autorisation de pratiquer. L'obtention et le maintien de l'autorisation sont conditionnés au respect de certaines obligations qui concernent la structure juridique du trustee, son organisation, la garantie d'une activité irréprochable et la déclaration de certains événements à la FINMA.

Les trustees ne sont pas uniquement soumis à un régime d'autorisation et de surveillance. Ils sont, en principes, aussi assujettis au dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA).³⁸ Un trustee est qualifié d'intermédiaire financier lorsqu'il administre un trust qui n'a pas d'activité opérationnelle. Au même titre que les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, entreprises fiduciaires et autres constructions semblables, le trust est alors considéré comme une société de domicile et le trustee comme un de ses organes (art. 6, al. 1 et 2, de l'ordonnance du 11 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme [Ordonnance sur le blanchiment d'argent, OBA]³⁹). Mais lorsque le trust a un but et une activité d'utilité publique («*charity trust*»), ou qu'il est utilisé dans le cadre d'une activité commerciale, comme structure holding d'un groupe de sociétés opérationnelles par exemple, il n'est pas soumis aux obligations prévues par la LBA.⁴⁰ La qualification d'intermédiaire financier est par ailleurs limitée aux trustees qui exercent leur activité à titre professionnel.⁴¹ Les trustees non professionnels ne sont donc pas assujettis à la LBA. Les trustees qualifiés d'intermédiaires financiers doivent disposer d'une autorisation d'exercer l'activité de trustee délivrées par la FINMA et ont l'obligation de s'affilier à un organisme de surveillance. Ils sont tenus par des obligations de diligence qui portent notamment sur la vérification de l'identité du cocontractant (en principe, le constituant), sur l'identification des ayants-droits économiques du trust,⁴² ainsi que sur l'identification de l'objet et le but du trust, ainsi que de son arrière-plan lorsque les circonstances le justifient. Ils ont également l'obligation de communiquer au Bureau de communication en ma-

38 RS 955

39 RS 955.01

40 Voir art. 2, let. a, de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA, RS 955.033.0).

41 Voir art. 19, al. 1, OEFin et 7, al. 1, OBA: Les gestionnaires de fortune et les trustees exercent leur activité à titre professionnel et au sens du droit sur le blanchiment d'argent lorsque: a) ils en tirent un produit brut de plus de 50 000 francs par année civile; b) ils établissent des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants par année civile ou entretiennent au moins 20 relations de ce type par année civile, ou c) ils ont un pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné.

42 Pour identifier l'ayant-droit économique du trust, le trustee doit requérir du constituant une déclaration écrite concernant les personnes suivantes: a) le fondateur effectif, b) les trustees, c) les curateurs éventuels, les protecteurs éventuels ou les autres personnes engagées, d) les bénéficiaires nommément désignés, e) dans le cas où aucun bénéficiaire n'aurait encore été nommément désigné: le cercle des personnes, par catégorie, pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires, f) les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes, g) pour les constructions révocables, les personnes habilitées à procéder à la révocation (voir art. 64, OBA-FINMA).

tière de blanchiment d'argent (MROS) lorsqu'ils ont des soupçons fondés de l'existence d'un cas de blanchiment d'argent.

1.1.4.4 Régime fiscal

Il n'existe à ce jour aucune réglementation explicite concernant le traitement fiscal des trusts. La Conférence suisse des impôts (CSI) a publié le 22 août 2007 la circulaire n° 30 «Imposition des trusts» (ci-après: Circ. 30) en vue de régler le traitement fiscal des trusts de droit étranger présentant une connexion avec la Suisse (lorsque le constituant ou les bénéficiaires sont résidents en Suisse). L'AFC l'a complétée le 27 mars 2008 par la circulaire n° 20 «Imposition des trusts»⁴³ (ci-après: Circ. 20). Conformément à ces circulaires, le trust, quel que soit son aménagement concret, relève de l'une des catégories suivantes: *revocable trust*, *irrevocable fixed interest trust* ou *irrevocable discretionary trust* (voir ch.2.3).

1.1.5 Les fonctions et types de trust

Les caractéristiques du trust en font un instrument juridique extrêmement flexible, qui lui permettent de remplir une multitude de fonctions.⁴⁴ Selon le but poursuivi, on peut faire une distinction entre *private trust*, *charitable trust* et *commercial trust*.

Le but d'un *private trust* est de bénéficier à des personnes déterminées ou identifiables. En pratique, les bénéficiaires sont souvent des membres de la famille. À cet égard, le terme *family trust* est couramment utilisé. Le *private trust* est fréquemment utilisé à des fins de planification patrimoniale et/ou successorale. Il permet d'organiser une transmission de certains biens sur plusieurs générations. Le trust permet aussi d'assurer la séparation des actifs et, par conséquent, de servir à la protection des actifs du trust contre les créanciers (*asset protection trust*) ou contre soi-même, en cas d'inexpérience ou de prodigalité notamment (*spendthrift trust*⁴⁵). Dans un contexte familial, le trust peut également être utilisé pour garantir le service des pensions alimentaires dues suite à un divorce (*protective / child maintenance trust*).

Dans le cas d'un *charitable trust*, le patrimoine n'est pas mis au profit de personnes déterminées, mais est utilisé à des fins caritatives. En principe, la *common law* n'admet les trusts sans bénéficiaires (*purpose trusts*) que de manière restrictive. Outre les *charitable trusts*, sont également autorisés certains trusts (*trusts of imperfect obligation*) qui poursuivent un but déterminé dans des cas très spécifiques, comme l'entretien d'un animal ou d'un monument, une tombe par exemple. Toutefois, plusieurs juridictions *offshores* ont élargi la possibilité de créer des *purpose trusts*. Il s'agit

⁴³ Dans cette circulaire, l'AFC déclare que les dispositions prises dans la Circ. 30 sont également applicables à l'impôt fédéral direct et à l'impôt anticipé.

⁴⁴ FLORENCE GUILLAUME, CR-LDIP/CL, Intro. aux art. 149a-149e LDIP, n. 2.

⁴⁵ Un *spendthrift trust* est un trust dans lequel l'aliénation volontaire ou involontaire de l'intérêt bénéficiaire (*interest*) de tous ou certains des bénéficiaires est expressément et directement exclue, en ce sens que le bénéficiaire ne peut en disposer, ni les créanciers du bénéficiaire le saisir (AUDE PEYROT, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, 2011, p. 200 s.),

notamment des îles anglo-normandes, des Bahamas, des Bermudes, des Iles Vierges Britanniques et des Iles Caïmans, qui autorisent la création de *purpose trusts* ne poursuivant pas de but caritatif. Ces juridictions exigent en général la désignation d'une personne (*protector* ou *enforcer*) chargée d'exercer un contrôle sur le trustee et autorisée à agir devant les tribunaux pour faire exécuter les termes du trust (voir. ch. 4.2.2 et 4.2.3).

Enfin, le *commercial trust* est utilisé pour faciliter les transactions économiques ou poursuivre des objectifs économiques. Même si en Suisse, les *commercial trusts* occupent une place secondaire par rapport aux *private trusts*, ils sont en constante augmentation dans les transactions commerciales internationales. On relèvera également la prépondérance des *commercial trusts* dans les pays de *common law*. Aux Etats-Unis par exemple, environ 90% des actifs détenus par des trusts le sont par des *commercial trusts*, contre 10 % pour les *private trusts*.⁴⁶ Les *commercial trusts* sont principalement utilisés pour la mise en commun d'actifs en vue de leur placement (*investment trust* et *unit trust*⁴⁷), pour servir de formes de financement d'investissements et de transactions (*securitization trust*⁴⁸ et *debenture trust*⁴⁹), ainsi que dans le domaine de la prévoyance professionnelle (*pension trust*). En outre, il existe diverses autres applications, telles que la création d'un trust comme moyen de contrôle d'une entreprise (*voting trust*), dans le cadre d'un plan de participation ou d'intéressement des salariés (*employee benefit trust*) ou encore pour garantir la protection des comptes-clients des avocats, des notaires et des régies immobilière en cas de faillite (*trust account*).⁵⁰

Dans les pays de *common law*, certaines formes particulières de trust remplissent encore la fonction d'institution de prévoyance en faveur du personnel ou de communauté des créanciers dans les emprunts par obligations. De plus, dans certaines circonstances, des trusts sont créés de par la loi (*statutory trust*) notamment dans le

⁴⁶ OLIVER ARTER, KATHARINA PETRI, Business Trusts - der Trust im Kommerziellen Umfeld, Der Schweizer Treuhänder 6-7/04.

⁴⁷ Dans un *investment trust*, le constituant transfère des actifs (en règle générale des titres) à une société (appelée *investment trust company*) qui exerce la fonction de trustee et investit elle-même dans d'autres sociétés. L'investisseur peut ainsi placer ses actifs dans une optique de rentabilité et reçoit en contrepartie des parts dans la société (CINCELLI, *op. cit.*, p. 81).. Le "unit trust" est un type particulier d'*investment trust* utilisé notamment dans les fonds placement organisés sous forme de trusts. L'intérêt bénéficiaire de chaque investisseur y est représenté par des unités qui permettent d'identifier précisément leur part au capital et aux revenus (GRISEL, *op. cit.*, p. 71).

⁴⁸ Dans les *securitization trusts*, des éléments actifs d'une entreprise (crédits à la consommation, créances résultant de cartes de crédit, ou créances hypothécaires) sont rassemblés dans un pool et sont cédés ensuite à un organisme particulier. Le prix de vente des actifs cédés est refinancé par cet organisme sous forme d'émission de papiers-valeurs, le plus souvent de titres de participation ou de créances sur le marché des capitaux, les actifs transférés servant de garantie pour les titres en question (GRISEL, *op. cit.*, p. 71).

⁴⁹ Les *debenture trusts* permettent de se procurer des moyens financiers sous forme d'emprunt de capital. Un administrateur (trustee) servira alors d'intermédiaire entre le débiteur et les bailleurs de fonds afin de sauvegarder les intérêts collectifs des créanciers, en particulier pour ce qui est du paiement des intérêts et du remboursement du capital, et d'assurer que les garanties du débiteur seront utilisées en faveur des créanciers.

⁵⁰ En ce qui concerne le *voting trust*, les actifs sont transférés à un trustee, qui transmet les dividendes mais exerce lui-même le droit de vote (OLIVER ARTER, KATHARINA PETRI, Business Trusts - der Trust im kommerziellen Umfeld, Der Schweizer Treuhänder 6-7/04).

domaine des successions, de la faillite, de la tutelle ou de la copropriété de biens immobiliers.

1.1.6 Délimitation par rapport aux institutions du droit suisse

1.1.6.1 Délimitation par rapport à la fondation

Les similitudes qui existent entre le trust et la fondation font que ces deux institutions sont, par tradition, souvent nommées de concert, parfois même comme des options qui se valent ou alors qui s'excluent. Tout comme le trust, la fondation de droit suisse permet d'affecter un patrimoine à un but particulier (art. 80 CC). Des points communs existent également en ce qui concerne leurs fonctions et objectifs: La grande majorité des fondations poursuivent ainsi un but d'utilité publique à l'instar des «*charity trusts*» du droit anglo-saxon. La fondation est aussi la forme juridique utilisée en Suisse par les institutions de prévoyance en faveur du personnel (art. 89a CC). Elle a donc des fonctions semblables à celles du trust du droit anglo-saxon. Même si les fondations peuvent également servir des intérêts privés ou avoir un but économique (fondation holding, fondation d'entreprise), la rigidité de certaines des règles des fondations limitent leur utilisation dans un but de type *private trust* et excluent quasiment toute utilisation dans un domaine commercial de type *commercial trust*.

A l'inverse, il existe également des différences claires sur les plans conceptuel et pratique entre le trust et la fondation. Une différence essentielle est que la fondation est une *personne morale* avec une *personnalité juridique* qu'elle acquiert en se faisant inscrire au registre du commerce. Elle est propriétaire du patrimoine affecté au but. Une autre distinction fondamentale tient aux règles prévues dans le code civil pour garantir *l'indépendance de la fondation* par rapport à son fondateur d'une part et à ses bénéficiaires d'autre part. Les fondations sont régies par des règles strictes, qui en font un instrument sensiblement moins flexible que le trust. Ainsi, la constitution et la modification d'une fondation requiert un acte authentique ainsi qu'une inscription au registre du commerce. De plus, les fondations sont en principe assujetties à une surveillance étatique. Seules les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques en sont exemptées (voir ci-après).

En outre, la fondation est régie par ce que la doctrine appelle *le principe de la séparation et de l'immuabilité* (*Trennungs- und Erstarrungsprinzip*). Ce principe interdit au fondateur de conserver un droit de disposition sur le patrimoine de la fondation et s'oppose notamment à l'autodissolution de la fondation (*Selbstauflösung*). La fondation est en principe créée pour une durée indéterminée et ne prend fin que lorsque son but ne peut plus être atteint (art. 88, al. 1, CC). Une modification ultérieure de son but ou même son organisation n'est possible que selon des règles très restrictives. A l'inverse, le trust est généralement constitué pour une durée limitée.

La fondation est soumise à des règles de *publicité*. Elle doit être inscrite au registre du commerce et l'acte constitutif doit y être déposé pour pouvoir être consulté par tous (art. 81, al. 2, CC). Une telle publicité n'existe en principe pas pour les trusts, même si *certain ordres juridiques possèdent un registre des trusts*. A noter que ces registres

des trusts ont été introduits récemment et ne sont pas toujours publics. Ils servent notamment d'outil de lutte contre le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale.

La fondation et le trust se distinguent également quant aux droits conférés aux bénéficiaires. Le droit des fondations n'accorde pas de protection particulière aux bénéficiaires. Elle ne leur reconnaît notamment aucun droit à l'information. Ils n'ont pas non plus de droit de suite sur le patrimoine de la fondation. Il en découle que les bénéficiaires d'une fondation sont en général moins bien protégés que dans un trust.

Le cas particulier de la fondation de famille

Les fondations de famille se distinguent des fondations ordinaires par leurs *buts* et le *cercle de leurs destinataires* expressément restreints par la loi. Elles sont destinées uniquement au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille (art. 335, al. 1, CC). Contrairement aux fondations ordinaires, les fondations de famille ne sont pas placées sous une surveillance étatique et n'ont pas l'obligation de soumettre leurs comptes annuels au contrôle d'un organe de révision. Leur dissolution doit être prononcée par un tribunal (art. 88, al. 2, CC). Pour le reste, les fondations de famille sont soumises aux mêmes règles que les fondations ordinaires, notamment en ce qui concerne leur constitution (par acte authentique ou par une disposition pour cause de mort) et leur organisation.⁵¹ Elles ont donc également l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce, la dispense dont elles bénéficiaient jusqu'alors ayant été supprimée au 1^{er} janvier 2016 pour des raisons de transparence.⁵² Les règles régissant la modification des fondations classiques s'appliquent par analogie aux fondations de famille.⁵³ La modification du but sur requête du fondateur prévue à l'art. 86a CC n'est au demeurant pas admise pour les fondations de famille.⁵⁴

Les fondations de famille dites d'entretien qui accordent aux membres de la famille les revenus ou la substance des biens de la fondation ou d'autres avantages provenant de ces biens, sans poser de conditions spéciales liées à une situation déterminée, mais simplement pour leur permettre de mener un plus grand train de vie ne remplissent pas les conditions de l'art. 335, al. 1, CC. De plus, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral,⁵⁵ elles contreviennent à l'interdiction des fidéicommiss de famille consacré à l'art. 335, al. 2, CC.

La fondation de famille permet dans une certaine mesure d'atteindre des buts similaires aux *family trusts*, utilisés à des fins de détention d'un patrimoine familial. Toutefois, en raison des restrictions applicables aux fondations de famille (interdiction des fondations d'entretien, inscription au registre du commerce, exigence de forme authentique et possibilités de modification limitées), leur usage reste limité. Comme il

⁵¹ HANS MICHAEL RIEMER, BK-ZGB, Die Stiftungen, Systematischer Teil, n. 97, 104 et 161; HAROLD GRÜNINGER, Commentaire bâlois, n. 5 ad art. 335 CC; VEZ, op. cit., n. 127

⁵² L'art. 52, al. 2, CC a été modifié par la loi fédérale du 12 déc. 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, (RO 2015 1389; FF 2014 585).

⁵³ Art. 85, 86 et 86b CC.

⁵⁴ Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 23 octobre 2003, FF 2003 7425, p. 7442.

⁵⁵ ATF 93 II 439; voir aussi Arrêt du TF 4A_339/2009 du 17 novembre 2009.

sera exposé ci-dessous, elles ne constituent à l'heure actuelle dans les faits pas une réelle alternative au trust (voir ch. 1.3.3).

1.1.6.2 Délimitation par rapport à la fiducie

La fiducie au sens du droit suisse est un contrat par lequel le fiduciaire transfère la propriété d'un bien au fiduciaire, lequel est tenu d'en user d'une certaine manière, convenue avec le fiduciaire, puis d'en transférer à nouveau la propriété, généralement au fiduciaire, et parfois à un tiers.⁵⁶ La fiducie peut être contractée dans l'intérêt du fiduciaire (fiducie-gestion) ou du fiduciaire en tant que créancier (fiducie-sûreté), mais jamais en vue d'une transmission en faveur de tiers. En effet, la pratique ne connaît pas de fiducie en faveur de tiers et n'utilise pas la fiducie pour réaliser des libéralités. Tout comme le trust, la fiducie donne lieu à une séparation entre le titre légal de propriété, qui est transféré au fiduciaire, et le bénéfice économique, qui reste en mains du fiduciaire.⁵⁷ Même si la fiducie et le trust peuvent être utilisées à des fins similaires, dans le domaine bancaire notamment, il existent des différences fondamentales entre ces deux institutions.⁵⁸

La fiducie de droit suisse repose sur un rapport contractuel (un mandat au sens des art. 394 ss CO pour les fiducies-gestion, un contrat innommé pour les fiducies-sûretés) alors que le trust est fondé sur un acte juridique unilatéral. La fiducie étant un contrat bilatéral, le fiduciaire doit accepter le mandat pour que le rapport contractuel existe. En règle générale, la fiducie ne met en relation que deux parties: le fiduciaire et le fiduciaire. La fiducie est constituée dans l'intérêt du fiduciaire ou du fiduciaire, mais presque jamais dans l'intérêt d'un tiers.⁵⁹ En outre, le fiduciaire peut en tout temps modifier le contrat de fiducie avec l'accord du fiduciaire. Bien que le trust soit à l'origine créé par le constituant, il est essentiellement un rapport juridique entre le trustee et les bénéficiaires. Il est parfois décrit comme donnant naissance à une relation tripartite (*Dreiecksverhältnis*) entre le constituant, le trustee et le bénéficiaire.⁶⁰ Le trust peut être constitué entre vifs ou par disposition pour cause de mort, sans que le trustee ne doive nécessairement donner son accord. Après la création du trust, le constituant n'a plus aucune influence sur celui-ci, à moins qu'il ne se soit réservé le pouvoir de le faire dans l'acte de trust.⁶¹ Les biens du trust constituent un patrimoine autonome dont l'existence et l'identité sont indépendantes des personnes qui y partici-

⁵⁶ LUC THÉVENOZ, La fiducie, cendrillon du droit suisse : propositions pour une réforme, in : *Revue de droit suisse* 1995 II, pp. 253 ss.

⁵⁷ THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, in: *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2/2018, p. 104.

⁵⁸ GRISEL, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁹ THÉVENOZ, *Trust en Suisse*, 2001, p. 24.

⁶⁰ MARIO MÖRGER / ROMAN LIESCH; *Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz*, p. 5. et réf.cit.; PETER BÖCKLI, *Der angelsächsische Trust - Zivilrecht und Steuerrecht*, Zurich/Saint Gall 2007, p. 211.

⁶¹ Dans le même sens, voir art. 2, al. 3, CLHT, qui prévoit expressément que le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

pent.⁶² Une différence importante entre trust et fiducie est que les biens du trust sont distraits de la faillite du trustee, ce qui n'est généralement pas le cas avec la fiducie.

1.1.6.3 Autres institutions et instruments

Des institutions juridiques du *droit successoral* peuvent remplir certaines des fonctions dévolues aux trusts testamentaires:

- La *substitution fidéicommissaire* (art. 488 ss CC) est un instrument de planification successorale qui permet à une personne (le disposant) de désigner les bénéficiaires des biens successoraux à travers deux héritiers successifs, le premier (le grevé) ayant l'obligation de transmettre tout ou partie de sa part successorale au second (l'appelé). Au décès du disposant, le grevé devient propriétaire des biens concernés par la substitution, mais il a l'obligation de les transmettre à l'appelé au moment de l'ouverture de la substitution, soit au décès du grevé ou au terme prévu par le disposant. Durant ce laps de temps, l'appelé jouit d'une expectative successorale. A l'ouverture de la substitution, le grevé perd la propriété des biens concernés par la substitution et l'appelé en devient propriétaire de par la loi. Le disposant ne peut désigner qu'un seul appelé, qui acquiert définitivement les biens transmis. Les substitutions en chaîne sont donc interdites. La loi ne fixe pas de limitation de durée, mais la doctrine majoritaire admet que le terme prévu pour l'ouverture de la substitution ne peut pas excéder cent ans.⁶³ Les biens concernés par la substitution constituent un patrimoine distinct de celui du grevé.⁶⁴ Le grevé peut user de ces biens, en jouir et les administrer. En sa qualité de propriétaire, il peut aussi en disposer, mais ce droit est limité par l'obligation de restitution des biens à l'appelé. Pour garantir la préservation du patrimoine à transmettre, le grevé doit établir un inventaire et fournir des sûretés avant de recevoir les biens de la succession, à moins qu'il n'en soit dispensé par disposant.
- L'*exécuteur testamentaire* est une personne désignée par le disposant dans son testament pour administrer sa succession et exécuter ses dernières volontés. Il exerce sa fonction de manière indépendante, en son nom propre, conformément à la seule volonté du disposant, mais avec des effets pour les héritiers. Il est au demeurant soumis à la surveillance d'une autorité désignée par le droit cantonal. La désignation d'un exécuteur testamentaire est recommandée notamment lorsque le disposant prévoit que ses héritiers ne pourront pas s'acquitter de leurs obligations ou ne voudront pas les respecter. La doctrine qualifie l'exécuteur testamentaire d'institution *sui generis* de droit privé.⁶⁵ L'exécuteur testamentaire n'est pas le mandataire ni le représentant du défunt ou de ses héritiers. Il se distingue de l'administrateur officiel, du liquidateur

⁶² Message CLHT, p. 569.

⁶³ STEPHAN WOLF, STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *Schweizerisches Erbrecht*, 2020, ch. 696.

⁶⁴ MARGARETA BADDELEY, CR-CC II, 2017, art. 490 n° 1; FIORENZO COTTI, *Commentaire du droit des successions*, 2012, art. 491 n° 8; STEPHAN WOLF, STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *Schweizerisches Erbrecht*, 2020, ch. 717.

⁶⁵ GRÉGOIRE PILLER, CR-CC II, 2016, Intro. aux art. 517-518, n° 9.

officiel et du représentant de la succession, qui sont désignés par une autorité et ont des missions différentes.⁶⁶ Les biens de la successions sont séparés juridiquement de ceux de l'exécuteur testamentaire. Ils ne tombent ni dans le régime matrimonial ou partenarial, ni dans la succession, ni dans la masse en faillite de celui-ci. Mais à la différence du trustee, l'exécuteur testamentaire n'est pas le propriétaire des biens successoraux, qui appartiennent de plein droit aux héritiers dès l'ouverture de la succession.⁶⁷ Toutefois, l'exécuteur testamentaire a le droit de disposer des biens successoraux dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission. De manière correspondante, les héritiers sont propriétaires des biens successoraux, mais ne peuvent ni en disposer, ni s'opposer aux actes de disposition de l'exécuteur.

Parmi les institutions juridiques qui permettent d'atteindre certains des buts du trust anglo-saxon, on peut encore citer la *donation* et les *dispositions pour cause de mort grevées de charges* (art. 245 CO et 482 CC). La charge impose un devoir au grevé. Il peut s'agir d'un devoir de nature économique, par exemple de l'obligation de faire des versements dans un but défini ou à des personnes déterminées. Elle peut être stipulée en faveur du donateur ou d'un tiers. Même lorsqu'elle ne profite qu'à une personne, elle ne confère aucune créance au bénéficiaire. Si le donataire ne respecte pas ses obligations découlant de la charge, le donateur peut en demander l'exécution. Les tiers bénéficiaires n'ont pas qualité pour demander l'exécution de la charge.⁶⁸

Le *contrat de mandat* présente aussi des similitudes avec le trust. Le mandat est le contrat par lequel une personne (le mandataire) s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre (le mandant) conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées (art. 394 CO).⁶⁹ Le mandataire doit rendre certains services en vue d'un certain résultat. Pour ce faire il doit suivre les instructions du mandant ou à défaut, prendre lui-même les mesures nécessaires pour que le résultat attendu puisse être atteint. Les dispositions du mandat s'appliquent directement ou par analogie à de nombreux contrats portant sur des prestations de service, notamment en matière de gestion de fortune.⁷⁰ A bien des égards, le contrat de mandat impose au mandataire des obligations (obligation de diligence et de fidélité, devoir de rendre compte et de restituer, responsabilité) et lui confère des droits (droit au remboursement des impenses, à la libération des obligations et à la réparation du dommage) similaires à ceux du trustee. Mais contrairement au trust, le mandat n'entraîne pas la constitution d'un patrimoine séparé du patrimoine personnel du mandataire. Le contrat de mandat prévoit une cession légale et un droit de revendication qui permettent de soustraire à la faillite du mandataire les biens et créances qui, en vertu du contrat de mandat, appartiennent au mandant (art. 401 CO). Même si ces dispositions offrent une certaine protection au mandant, elles ne concernent que les choses mobilières et les créances, et non les immeubles. Le droit de revendication ne s'applique au demeurant qu'aux biens acquis par le mandataire de

⁶⁶ PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2015, ch. 1163a.

⁶⁷ GRÉGOIRE PILLER, CR CC II, 2016, Intro. aux art. 517-518, n° 8; voir également HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, 2000, p. 11 ss.

⁶⁸ MARGARETA BADDELEY, CR CO I, 2012, Art. 245 CO, n° 36.

⁶⁹ PIERRE TERCIER, LAURENT BIERI, BLAISE, CARRON, Les contrats spéciaux, 2016, ch. 4301

⁷⁰ MALEK ADJADJ Le mandat de gestion de fortune, 2017, p. 103.

tiers et non à ceux qui lui ont été remis par le mandant. Pour le reste, les délimitations du mandat par rapport au trust sont celles décrites pour la fiducie (voir ch. 1.1.6.2).

De surcroît, le droit de la protection de l'adulte et de l'enfant prévoit aussi des institutions comme le tuteur (327a ss CC), le curateur (art. 308 ss et 390 ss CO), ou encore le mandataire pour cause d'incapacité (art. 360 CC), dont le but et le fonctionnement se rapprochent de certains trusts (*protective trusts* ou *spendthrift trusts* par exemple).

1.1.7 Importance économique des trusts

Lors de l'analyse d'impact de la réglementation réalisée par un bureau externe, l'importance économique actuelle des trusts a été estimée de manière approximative (voir ch. 1.4).

En 2008, le volume potentiel des trusts en Suisse était évalué à 2048 milliards de francs, ce qui correspond environ à 56 % de la fortune privée déposée auprès de banques en Suisse.⁷¹ Aujourd'hui, on estime que près de 27 000 personnes domiciliées en Suisse ou à l'étranger sont concernées par des trusts ou des institutions comparables qui ont un lien avec la Suisse (env. 5900 personnes domiciliées en Suisse et env. 21 000 à l'étranger) et qu'entre 2000 et 3000 personnes sont actives dans le secteur des trusts en Suisse.⁷² Dans une enquête réalisée en 2013, la Swiss Association of Trust Companies (SATC) a estimé que les 33 sociétés de trust membres de son association administraient plus de 3'000 trusts avec des trustees en Suisse, représentant un total d'actif de plus de 45 milliards de francs..

Depuis l'entrée en vigueur de la LEFin, les trustees professionnels ont l'obligation de disposer d'une autorisation. Selon les chiffres communiqués par la FINMA en avril 2021, 387 trustees se seraient annoncés pour obtenir une autorisation.

1.2 Nécessité d'agir et objectifs visés

1.2.1 Interventions parlementaires

1.2.1.1 Postulat 10.3332 «Analyse sur l'éventuelle création d'une législation suisse sur les trusts»

Le 19 mars 2010, la conseillère nationale Isabelle Moret a déposé le postulat 10.3332, qui charge le Conseil fédéral de compléter son rapport «Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière» du 16 décembre 2009 par une analyse de l'optimisation possible du droit des fondations et de la fiscalité applicable aux fondations ainsi que par une analyse de l'adaptation des fondations aux modèles étrangers, notamment par l'institution des trusts. Dans son avis du 26 mai 2010, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, en renvoyant à la révision du droit des fonda-

⁷¹ OLIVER WÜNSCH, HANS GEIGER UND RUDOLF VOLKART, Trusts in der Vermögensverwaltung – Analyse der Branche in der Schweiz. Universität Zürich, Swiss Banking Institute, 2008.

⁷² La fin d'une mauvaise réputation, in: l'Agefi, novembre 11, 2015.

tions qui était en cours en réponse à la motion 09.3344 «Fondations. Renforcer l'attractivité de la Suisse». Le 16 mars 2012, le postulat a été classé parce que le conseil n'avait pas achevé son examen dans un délai de deux ans.

1.2.1.2 Postulat 15.3098 «Faut-il légiférer sur les trusts ?»

Le 11 mars 2015, le Groupe libéral-radical a déposé le postulat 15.3098, qui chargeait le Conseil fédéral d'examiner, dans son prochain rapport sur les axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière, l'opportunité d'inscrire l'institution du trust dans le droit privé suisse et d'adapter les régimes fiscaux applicables. Dans son avis du 8 mai 2015, le Conseil fédéral a proposé de rejeter le postulat en renvoyant à des rapports précédents traitant des fondations et du secret bancaire et en constatant que la situation n'avait pas changé depuis et qu'il ne jugeait pas nécessaire d'introduire les trusts dans le droit suisse. Le 27 février 2017, le Conseil national a adopté le postulat par 123 voix contre 67 et 2 abstentions.⁷³

1.2.1.3 Initiative parlementaire 16.488 «Codifier le trust dans la législation suisse»

Le 13 décembre 2016, le conseiller national Fabio Regazzi a introduit une initiative parlementaire rédigée en termes généraux, afin que le trust soit introduit dans le code des obligations ou dans le code civil. Il a motivé sa demande en soulignant que les trusts étrangers étaient reconnus en Suisse, mais que cet instrument ne figurait pas dans le droit suisse, et a jugé que c'était principalement le droit civil qui était lacunaire, la question des trusts ayant été réglée dans les autres domaines. Il a fait valoir que la codification du trust dans le droit civil suisse se justifiait pour différentes raisons, notamment parce qu'elle permettrait de mettre à disposition des citoyens un instrument plus accessible et compréhensible, qu'elle créerait de la transparence et favoriserait la sécurité du droit, et qu'elle ouvrirait de nouvelles perspectives de travail aux professionnels suisses.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a donné suite à l'initiative le 20 octobre 2017 (par 15 voix contre 4 et 3 abstentions). Son homologue du Conseil des États (CAJ-E) a traité l'initiative lors de sa séance du 27 avril 2018 et y a adhéré par 6 voix contre 3 et 1 abstention. Simultanément, elle a déposé la motion 18.3383 (voir ch. 1.2.1.4) par 7 voix contre 1 et 1 abstention, parce qu'elle était d'avis que le Conseil fédéral devait être responsable des travaux législatifs. Le 19 juin 2020, le Conseil national a prolongé le délai jusqu'à la session de printemps 2022.

⁷³ BO CN 2017 22

1.2.1.4 Motion 18.3383 «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse»

Lors de ses délibérations sur l'initiative parlementaire 16.488 «Codifier le trust dans la législation suisse» (voir ch. 1.2.1.3), la CAJ-E a déposé la motion 18.3383 «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse», qui charge le Conseil fédéral de créer les bases légales permettant l'introduction d'un trust suisse.

Dans son avis du 23 mai 2018, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion en renvoyant au postulat adopté 15.3098 (voir ch. 1.2.1.2). Il estimait qu'il fallait d'abord achever les travaux de rédaction du rapport répondant à ce postulat afin de pouvoir définir la suite de la procédure sur la base de ces résultats.

Le 12 juin 2018, le Conseil des États a adopté la motion par 25 voix contre 16 et 2 abstentions.⁷⁴ Le 13 mars 2019, le Conseil national a également adopté la motion par 123 voix contre 58.⁷⁵

1.2.2 Travaux préparatoires

Suite à l'adoption du postulat 15.3098, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a, d'entente avec le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI), institué au printemps 2018 un groupe d'experts constitué de représentants de la doctrine et de la pratique ainsi que des unités administratives concernées et l'a chargé de formuler des propositions de réglementation.⁷⁶

Parallèlement à ces travaux, une analyse d'impact de la réglementation (AIR) approfondie a été réalisée par un bureau externe, au cours des années 2018 et 2019, au sujet de la création d'un cadre juridique pour les trusts en Suisse (pour les détails, voir ch. 1.4).

Le traitement des trusts au plan fiscal, dans la perspective de l'instauration du trust en droit suisse, a en outre été étudié par un groupe de travail de l'AFC composé de représentants de la Confédération, des cantons et de la doctrine (voir à ce sujet le ch. 2). Le projet du Conseil fédéral tient compte de ces travaux.

1.2.3 Objectifs visés

1.2.3.1 Remédier à un échec de la réglementation

L'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 1.4) a mis en évidence un échec de la réglementation en droit suisse dans le secteur des trusts et des constructions juridiques apparentées: le marché est certes apte à satisfaire la demande, tant nationale qu'internationale, de solutions de structuration patrimoniale et de planification suc-

⁷⁴ BO CE 2018 508

⁷⁵ BO CN 2019 296

⁷⁶ Le groupe d'experts se compose de représentants de l'administration (SIF, OFJ, Administration fédérale des contributions [AFC]) et d'experts externes (Prof. Paul Eitel, Prof. Florence Guillaume, M. Christian Lyk, Prof. Luc Thévenoz et M. David Wilson).

cessorale. Mais la régulation est inefficace parce que certains besoins doivent être couverts par le recours à des structures très complexes, que ce soit des instruments juridiques étrangers ou des produits suisses, qui ne satisfont que partiellement les besoins ou créent une insécurité juridique. L'introduction d'un droit suisse du trust doit ainsi offrir à l'industrie financière et à ses clients un véhicule juridique approprié pour la détention de patrimoine privé ainsi que pour un usage commercial.

1.2.3.2 Renforcement de la place financière et de l'industrie financière

La volonté de renforcer la place financière suisse est la principale motivation de ceux qui demandent l'introduction d'un trust suisse. En 2009 déjà, dans la stratégie mise en place après la crise financière pour renforcer la compétitivité internationale du secteur financier, le Conseil fédéral évoquait la création d'une législation suisse sur les trusts.⁷⁷ Cette préoccupation ressort également des différentes interventions parlementaires déposées à ce sujet (voir ch. 1.2.1). Partant du constat que le trust est un instrument de plus en plus apprécié et fiable pour la planification successorale et la conservation de patrimoines importants, non seulement dans les pays anglo-saxons, mais également dans de nombreux autres Etats, les partisans du trust suisse considèrent que l'inscription du trust dans le droit privé suisse placerait la place financière suisse sur un pied d'égalité avec ses concurrentes, telles que celles de Londres, du Luxembourg ou encore de Singapour.⁷⁸ Ce point de vue trouve de nombreux appuis dans la doctrine⁷⁹ et parmi les praticiens (avocats, gérants de fortunes, etc.).⁸⁰ L'effet positif du trust suisse sur l'attractivité et la compétitivité du secteur financier suisse est au demeurant confirmé par les conclusions de l'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 1.4).

1.2.3.3 Autres objectifs

Sur le plan économique, le trust suisse aurait un impact positif sur le marché des services liés au trust et permettrait de créer de la valeur ajoutée. Comme le relève l'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 1.4), il devrait occasionner des frais de gestion moins élevés, ce qui se traduirait par une augmentation globale du nombre de trusts constitués en Suisse. L'introduction d'un trust suisse permettrait ainsi d'ouvrir de nouvelles opportunités d'affaires. Cette nouvelle offre, qui s'adresserait principalement à des personnes résidant en Suisse, permettrait de répondre à un besoin non couvert actuellement en mettant à la disposition des clients un nouvel outil de planification patrimoniale à un coût avantageux (augmentation du surplus du consommateur). L'augmentation du nombre de trusts devrait aussi s'accompagner d'un accrois-

⁷⁷ Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière, 16 décembre 2009, rapport en réponse au postulat Graber (09.3209), p. 24.

⁷⁸ Postulat 15.3098 (voir ch. 1.2.1.2).

⁷⁹ Voir notamment CINCELLI, *op. cit.*, p. 542 ss; GRISEL, *op. cit.*, p. 330.

⁸⁰ NICOLE WILLIMANN VYSKOCIL, Trusts als Chance für den Finanzplatz Schweiz, Die Volkswirtschaft 7/2019, p. 21 à 23.

sement des recettes fiscales et ainsi bénéficier à l'ensemble de la collectivité. Sur le plan juridique, l'adoption d'un droit suisse du trust permettrait de renforcer la sécurité juridique en évitant le recours à une institution juridique étrangère. L'adoption d'une réglementation détaillée devrait également offrir une meilleure prévisibilité que les autres instruments du droit suisse utilisés comme alternatives au trust et qui ne font l'objet que de quelques dispositions dans le code civil (fondations de famille, substitution fidéicommissaire) ou ne sont qu'une création de la jurisprudence (fiducie).

1.3 Solutions étudiées et solution retenue

1.3.1 Réception du trust dans l'ordre juridique suisse

L'introduction d'un trust suisse, demandé par les auteurs des interventions parlementaires citées (voir ch. 1.2.1), ne fait pas l'unanimité et suscite également des critiques. Certains professeurs et praticiens considèrent que le trust est incompatible avec les principes de notre ordre juridique.⁸¹ Toutefois, les exemples d'introduction réussie du trust dans de nombreux pays de tradition civiliste (voir ch. 4.3) démontrent qu'il est possible de surmonter les obstacles généralement cités pour nier la compatibilité du trust avec les principes de droit continental. Le premier de ces obstacles est le *numerus clausus* des droits réels, qui interdirait de reconnaître un droit réel aux bénéficiaires sur les biens du trust. Le second est le *principe d'unité du patrimoine*, qui s'opposerait à la création d'un patrimoine d'affectation au sein du patrimoine du trustee. Mais le recours à l'institution juridique de la *fiducie* (*Treuhand*) issue de tradition civiliste permet d'obtenir des effets analogues au trust. Dans la fiducie, seul le fiduciaire a un droit réel, opposable aux tiers, sur les biens fiduciaires. Il est tenu par des simples obligations envers le fiduciaire ou l'éventuel bénéficiaire. Dans la mesure où elle ne confère aux bénéficiaires que des droits de nature purement obligationnelle, elle n'entraîne pas de «démembrement» de la propriété sur les biens fiduciaires ni ne nécessite la création d'un patrimoine d'affectation.⁸²

Une fois admise la possibilité d'une réception du trust dans notre ordre juridique, il reste à en définir les modalités. L'introduction du trust peut se faire selon différents modèles, qui répliquent avec plus ou moins d'exactitude le trust des pays de *common law* et s'intègrent avec plus ou moins de facilité dans notre ordre juridique. Selon la doctrine, la transposition pourrait se faire par réception du droit dans son ensemble (*Vollrechtsrezeption*), par mimétisme ou analogie (*Rezeption durch Nachbildung*) ou par rapprochement fonctionnel (*funktionale Annäherung*).⁸³

⁸¹ Pour une présentation de l'évolution des avis doctrinaux à ce sujet, voir CINCELLI, *op. cit.*, n° 680 ss. Pour d'autres avis critiques, voir FLORENCE GUILLAUME, Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite, in : *Revue suisse de droit international et européen* 2000; pp. 1 ss, voir également *Regulierungsfolgenabschätzung, Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz*, 2019, p. 70.

⁸² E. CASHIN RITAINE, «Rapport introductif : Panorama comparé du droit matériel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie)», Rapport introductif du colloque «Le trust en droit international privé - Perspectives suisses et étrangères avant la ratification suisse de la Convention de la Haye» in : *Publications de l'Institut suisse de droit comparé*, éd. Schulthess, 2005, no 52, p. 17 ss.

⁸³ CINCELLI, *op. cit.*, p. 369 ss.

La première solution, qui consisterait à reprendre une législation étrangère sur le trust dans le droit suisse, par ce que l'on pourrait appeler un «greffon» ou un «copier-coller» (*legal transplant*), n'est pas envisageable.⁸⁴ Aucun pays de droit continental n'a d'ailleurs emprunté cette voie, certainement en raison de la difficulté de devoir reprendre des concepts propres à la tradition de la *common law*, comme la distinction entre *legal title* et *beneficial interest*, incompatible avec les principes de droits réels de leur ordre juridique. Même le Liechtenstein, qui présente une forme très élaborée d'intégration du trust dans un ordre juridique continental, n'a pas procédé de cette manière (voir ch. 4.3.3).⁸⁵ Cette alternative doit donc être écartée au profit de propositions basées sur des concepts et institutions juridiques déjà connues par le droit suisse.

Une alternative au copier-coller d'un droit des trusts étranger dans notre législation consiste à procéder par analogie, en créant une nouvelle institution juridique *sui generis*, qui présente les mêmes caractéristiques et produit les mêmes effets qu'un trust étranger, tout en respectant les principes du droit interne.⁸⁶ Cette méthode est celle qui a été adoptée par presque tous les États de droit civil qui ont intégré le trust dans leur système juridique (notamment le Liechtenstein, le Québec ou encore la Louisiane). Certains pays ont par ailleurs renoncé à réceptionner le trust dans son intégralité et se sont limités à certaines de ses fonctions. C'est notamment le cas de la France et de sa codification de la fiducie, qui a finalement abouti à un résultat très éloigné du trust anglo-saxon (voir ch. 4.3.4).

La troisième voie possible d'intégration du trust consiste à procéder par rapprochement fonctionnel, en partant d'une institution juridique connue du droit interne et en l'adaptant pour en faire une construction similaire au trust. L'exemple type de ce mode de réception est l'adaptation de la fiducie, telle que proposée par le professeur Luc Thévenoz il y a plusieurs années déjà.⁸⁷ Selon l'importance des adaptations proposées, et le degré de rapprochement avec le trust, on peut cependant considérer qu'il ne s'agit plus de la simple modification d'une institution juridique existante, mais bien de la création d'une nouvelle. Pour que le trust suisse se rapproche au plus des trusts anglo-saxons, la codification d'une fiducie «améliorée» ne suffit pas.

1.3.2 Solution retenue: codification du trust dans le code des obligations

Au vu des considérations émises ci-dessus, la solution retenue dans cet avant-projet est celle de la réception par analogie. Elle consiste à introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique du code des obligations. Le trust proposé dans l'avant-projet est basé sur des institutions juridiques déjà connues du droit suisse. Dans la mesure du possible, il renvoie à des règles qui sont déjà fixées dans la loi ou qui ont été précisées par la jurisprudence. C'est par exemple le cas pour les obligations «fiduciaires» du trustee envers les bénéficiaires, qui correspondent à celles du contrat de

⁸⁴ THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, RSDA 2/2018; ROMAN CINCELLI, *op. cit.*, n° 566.

⁸⁵ CINCELLI, *op. cit.*, n° 567.

⁸⁶ CINCELLI, *op. cit.*, n° 567.

⁸⁷ Voir nbp 3.

mandat, du droit de suite (*tracing*) sur les biens du trust, qui est fondé sur les règles sur l'enrichissement illégitime, ou encore de l'intervention du tribunal dans le cadre d'une juridiction gracieuse, qui s'apparente à celle de l'autorité de surveillance des fondations. L'avant-projet ne recourt pas à des concepts de *common law* et ne constitue donc pas une «transplantation» du droit étranger. Sa portée est au demeurant limitée au droit des obligations. Il ne nécessite pas de modification au niveau des droits réels, ni d'ailleurs dans les autres domaines du droit (droit des successions, droit des poursuites, etc.), sous réserve de quelques adaptations mineures (voir ch. 5.1.3 et 6.2 ss).

Le cadre légal proposé se veut le plus flexible possible, pour permettre une utilisation du trust à différentes fins et dans différents contextes. Il se prête donc aussi bien à la constitution de trusts familiaux, à des fins de planification patrimoniale par exemple, qu'à une utilisation dans un contexte économique ou commercial. Considérant que le cadre légal actuel qui régit les activités de trusts étrangers présents en Suisse (LBA, LEFin, etc.) garantit un degré de transparence suffisant et répond aux engagements internationaux de la Suisse en la matière, il est présumé pouvoir s'appliquer aux trusts suisses sans que des modifications ne soient nécessaires (voir ch. 3). L'avant-projet ne prévoit pas non plus de restrictions relatives à la personne du constituant et du trustee et s'écarte ainsi du modèle de la fiducie française (voir ch. 4.3.4). Des limites ont néanmoins été fixées en ce qui concerne le but (interdiction des *purpose trust*) et la durée du trust, ceci afin d'éviter une «confusion» entre le trust et la fondation. L'avant-projet se limite en outre aux trusts exprès, créés par un constituant, et ne prévoit pas de trusts créés de par la loi ou par une décision judiciaire (*resulting trusts*, *constructive trusts* et *statutory trusts*).

1.3.3 Modification du droit des fondations

Depuis plusieurs années, des voix se font entendre pour demander une modification des règles du droit des fondations, plus précisément pour mettre fin à l'interdiction des fondations dites d'entretien qui découle de l'art. 335 CC. La modification demandée consisterait à supprimer les restrictions imposées par la loi aux circonstances dans lesquelles des distributions peuvent être faites aux membres de la famille (voir ch. 1.1.6.1). Pour certains, la fondation de famille ainsi modifiée permettrait d'atteindre des buts identiques au trust de droit anglo-saxon et de répondre aux besoins des différents acteurs de la place économique suisse qui demandent son introduction. Elle présenterait en outre l'avantage de recourir à la forme de droit existante qu'est la fondation. Des avis favorables à une modification du droit des fondations ont notamment été recueillis dans le cadre de l'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 1.4). Cette solution trouve également un soutien dans certains milieux académiques.⁸⁸ L'analyse d'impact relève cependant qu'une libéralisation du droit des fondations

⁸⁸ DOMINIQUE JAKOB, MICHELLE KALT, Ein Trustrecht für die Schweiz?, in: Expert Focus 9/2019, p. 630–635; NATALIE PETER: Introduction of a trust law in Switzerland, in: Trusts & Trustees, vol. 25, n. 6, juillet 2019, p. 578–586; MICHAEL FISCHER, NATALIE PETER, Der Trust passt nicht, in: NZZ, n. 117 du 24 mai 2018, p. 9.

devrait s'accompagner d'une modification des conditions-cadres fiscales pour éviter une double imposition et ainsi rendre la fondation d'entretien attractive.

Lors de la ratification de la CLHT en 2007, une adaptation de l'art. 335, al. 2, CC avait déjà été envisagée. L'idée avait finalement été écartée pour le motif que cette disposition ne faisait pas obstacle à la reconnaissance du trust en suisse.⁸⁹ Depuis lors, aucune intervention parlementaire n'a été déposée pour demander que les fondations d'entretien soient autorisées. On notera notamment que le projet de révision de la législation sur les fondations, élaboré par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États suite à l'acceptation de l'initiative parlementaire 14.470 Luginbühl, qui a pour but de renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations, ne propose aucune mesure à ce sujet. En même temps, dans la consultation publique sur un avant-projet, plusieurs voix demandaient également une révision à ce sujet tout en rejetant l'adoption d'un régime fiscal plus favorable.⁹⁰

Même si des arguments convaincants plaident en faveur d'un élargissement des buts des fondations de famille afin d'autoriser les fondations d'entretien, force est de constater que cette institution juridique possède des caractéristiques très différentes de celles du trust. Le droit des fondations est régi par des principes relativement rigides («*starres Gebilde*») et n'offre dès lors pas la même flexibilité que le trust dans la définition du but et la désignation des bénéficiaires, ainsi que dans la fixation de l'organisation (voir ch. 1.1.6.1).⁹¹ L'utilisation de la fondation d'entretien serait dès lors limitée au contexte familial et à des fins de la planification successorale. Les autres usages du trust, dans un cadre commercial ou économique par exemple, resteraient impossibles, à moins que l'on ne procède à une révision en profondeur du droit des fondations et du droit de la fiducie en même temps. Au vu de ces limitations, l'introduction dans le code civil d'une fondation d'entretien ne répondrait pas au mandat donné par le parlement qui porte sur une codification du trust (voir ch. 1.2.1). Elle ne permettrait pas non plus d'atteindre les objectifs mentionnés ci-dessus (voir ch. 1.2.3).

Néanmoins, même s'il avait dans le passé douté de la nécessité de légiférer, sans toutefois complètement l'exclure,⁹² le Conseil fédéral se montre dans le contexte actuel ouvert à l'idée de procéder à une révision du droit des fondations qui concernerait aussi spécifiquement les fondations de famille. La condition indispensable pour cela serait un mandat politique reposant sur des revendications claires de la part des milieux concernés, soutenant les résultats de l'analyse d'impact de la réglementation à ce sujet (voir ch. 1.4). Dans le présent contexte, force est de constater que l'introduction d'une fondation d'entretien dans le code civil ne pourrait se faire que dans le cadre d'un projet global de modification du droit des fondations. Comme déjà mentionné, l'application des règles actuelles du droit des fondations (surveillance étatique, obligation de désigner un organe de révision, inscription au registre du commerce, possibili-

⁸⁹ Message CLHT, p. 574.

⁹⁰ Voir synthèse des résultats de la procédure de consultation du 6 août 2020, p. 17 (disponible sous www.parlement.ch > organes > commissions > commissions thématique > CAJ > rapports et procédures de consultation des CAJ).

⁹¹ GRISEL, *op. cit.*, p. 329.

⁹² Voir rapport proposant le classement de la motion Luginbühl 09.3344 du 20 mars 2009 du 27 février 2013, FF **2012** 2094 ss.

tés de modification limitée) rendrait la fondation d'entretien suisse peu attractive en comparaison internationale. On pourrait certes envisager de lever ces obstacles en soumettant les fondations d'entretien à un régime spécial, mais il faudrait alors s'assurer que cette différence de traitement soit justifiée et ne provoque pas d'inégalité avec les autres fondations dites privées (fondation d'entreprise ou fondations holding notamment) qui sont actuellement soumises au régime ordinaire. Il faudrait surtout veiller à ce que cette nouvelle fondation d'entretien réponde aux standards internationaux en matière de transparence et qu'elle ne nuise pas à la réputation de la Suisse, ni ne la préterite dans le cadre des évaluations faites par le GAFI et le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.

1.4 Analyse d'impact de la réglementation (AIR)

Une analyse d'impact de la réglementation a été effectuée pour examiner les conséquences économiques du projet d'introduction d'un trust suisse.⁹³ Cette analyse a été réalisée par le Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale (BASS AG), à Berne, en collaboration avec la professeure de droit fiscal de l'université de Lucerne Andrea Opel. Elle est basée sur une série d'entretiens avec des experts et une enquête en ligne auprès de différents acteurs de l'industrie du trust. Le rapport, publié le 5 décembre 2019, conclut à l'existence d'un besoin d'un instrument pratique de planification du patrimoine familial et successoral. En raison des limitations légales (voir ch. 1.1.6.1), la fondation de famille suisse ne satisfait pas aux besoins dans ce domaine. Les personnes intéressées par un instrument de planification patrimoniale sont dès lors incitées à recourir à des institutions juridiques étrangères (trusts ou fondations de famille de droit étranger) ou à des structures complexes. Il existe donc une défaillance que le trust suisse permettrait de corriger. Le modèle de réglementation utilisé pour l'analyse d'impact, qui décrit les principales caractéristiques du trust proposé dans l'avant-projet, a convaincu la majorité des personnes consultées, qui l'estiment comparable à celui d'un trust étranger type et envisageraient de le recommander à leurs clients.⁹⁴ Le trust suisse offrirait un instrument efficace, susceptible de séduire tant la clientèle étrangère que les personnes résidant en Suisse. Par ailleurs, il ressort des calculs effectués qu'un trust suisse permettrait de réduire les frais de création et d'administration du trust et qu'il existe une demande potentielle pour cette institution. L'augmentation globale de la demande engendrerait une augmentation du chiffre d'affaires des prestataires de services liés au trust. Dans le scénario le plus réaliste, le gain total pour les prestataires de services et les clients en Suisse s'élèverait à environ 139 millions de francs par an. L'introduction d'un trust suisse devrait également entraîner une augmentation des recettes fiscales de l'ordre de 57 millions par an. Au vu de ces résultats, les auteurs du rapport estiment que le trust suisse ouvre de

⁹³ MARIO MORGER / ROMAN LIESCH; Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, im Auftrag des Bundesamts für Justiz (BJ), des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Büro BASS in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Andrea Opel (Universität Luzern), 2019, Bern (www.seco.admin.ch > Services et publications > Publication > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Trust 2019).

⁹⁴ ROMAN LIESCH, Soll die Schweiz Trusts einführen?, Die Volkswirtschaft 1–2/2020, 53–55.

nouvelles opportunités d'affaires et constitue une chance pour la place financière. Ils relèvent aussi que l'admission des fondations d'entretien pourrait avoir un effet similaire, moyennant une adaptation des conditions-cadre fiscales afin d'éviter une double imposition.⁹⁵

2 Traitements fiscal des trusts

2.1 Traitements fiscal des trusts dans la LIFD et la LHID

Le droit privé n'accorde au trust aucune personnalité juridique et ni la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)⁹⁶ ni la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (loi sur l'harmonisation des impôts, LHID)⁹⁷ ne lui confèrent la qualité de sujet fiscal. Un trust n'est pas non plus une «personne morale étrangère» au sens de l'art. 49, al. 3, LIFD et de l'art. 20, al. 2, LHID, car ces dispositions légales ne visent que les collectivités de personnes auxquelles le droit privé confère une personnalité juridique.⁹⁸

Suivant l'avis de la doctrine majoritaire, un trust ne rentre pas non plus dans le champ d'application de l'art. 11 LIFD et de l'art. 20, al. 2, LHID (sociétés commerciales étrangères et autres collectivités de personnes étrangères sans personnalité juridique). La qualification fiscale autonome prévue dans ces dispositions ne vise que les entités dont les membres sont liés par une «relation personnelle». Il s'agit là, par exemple, de communautés d'héritiers ou de «partnerships» de droit anglo-saxon. Cet aspect communautaire typique de ces entités n'existe pas pour le trust. Le trust représente un patrimoine à affectation exclusive.⁹⁹

Dans le droit fiscal suisse actuel, il n'existe donc aucune base juridique qui permettrait d'assimiler un trust à une personne morale dans un contexte fiscal.¹⁰⁰

2.2 Traitements fiscal du trustee dans la LIFD et la LHID

En principe, le patrimoine dévolu au trust et les revenus qui en découlent ne doivent pas non plus être imposés dans le chef du trustee. Ce point de vue est conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive économique (art. 127, al. 2, de la Constitution [Cst.]¹⁰¹). Ce principe exige qu'il ne soit imputé à un contribuable aucun élément de revenu ou de fortune sur lequel il n'a pas de pouvoir de disposition. Du point de vue économique, malgré sa propriété en droit civil, le trustee n'a pas de

⁹⁵ ROMAN LIESCH, Soll die Schweiz Trusts einführen?, Die Volkswirtschaft 1–2/2020, p. 53 ss.

⁹⁶ RS 642.11

⁹⁷ RS 642.14

⁹⁸ Circ. 30, ch. 4.1.

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ RS 101

droit sur ce patrimoine.¹⁰² Il convient de comptabiliser et d'imposer de manière claire les honoraires ou les «fees» perçus par le trustee pour son activité.¹⁰³

2.3 **Traitement fiscal du constituant et des bénéficiaires dans la LIFD et la LHID**

Les configurations des relations possibles par rapport à un trust sont très variées. Nous ne présenterons ci-après que les principes du traitement individuel du constituant et des bénéficiaires à l'aide des trois variantes de base.

Revocable trust¹⁰⁴

Dans le cas d'un *revocable trust*, le constituant ne se dessaisit pas définitivement du patrimoine qui a été dévolu au trust. C'est pourquoi, sur le plan fiscal, le patrimoine et ses revenus continuent à être imputés au constituant.¹⁰⁵ En d'autres termes, la présence d'un rapport de trust est ignorée à des fins fiscales. D'ailleurs, cette imputation fiscale directe est souvent dans l'intérêt même du constituant. Ainsi, dans le cas d'un portefeuille de titres essentiellement composé d'actions, le traitement en transparence permet de réaliser des gains en capitaux privés exonérés d'impôts dans le chef du constituant.

Les prestations d'un *revocable trust* aux bénéficiaires constituent fondamentalement pour ceux-ci un revenu imposable en raison de la clause générale de revenu (voir art. 16, al. 1, LIFD et art. 7, al. 1, LHID), sauf dans les cas d'exception prévus par la loi (p.ex. donation). Pour déterminer si l'on est en présence d'une exception prévue par la loi, il convient de s'appuyer sur la relation entre le constituant et les bénéficiaires. En règle générale, une donation est présumée si les bénéficiaires sont des descendants du constituant. En cas de donation, il n'y a pas de revenu imposable chez les bénéficiaires (voir art. 24, let. a, LIFD et art. 7, al. 4, let. c, LHID).

La liquidation d'un *revocable trust* n'entraîne aucune conséquence fiscale lors du retour du patrimoine au constituant. En revanche, le retour du patrimoine du trust aux bénéficiaires est considéré sur le plan fiscal comme une prestation du constituant aux bénéficiaires.

Irrevocable fixed interest trust¹⁰⁶

Dans le cas d'un *irrevocable fixed interest trust*, le constituant se dessaisit définitivement du patrimoine qui a été dévolu au trust. Le cercle des bénéficiaires, l'étendue et le moment des distributions aux bénéficiaires sont déterminés. En raison de la prétention juridique existante et connue, il est donc possible de procéder sur le plan

¹⁰² Circ. 30, ch. 4.2.

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ Voir Circ. 30, ch. 5.2.1.

¹⁰⁵ Cette imputation au constituant intervient toujours sous la réserve de l'imposition d'après la dépense. Seule la fortune et les revenus de la fortune venant de sources suisses, y compris de trusts, sont pris en compte dans le calcul de contrôle (art. 14, al. 3, let. d, LIFD et art. 6, al. 6, let. c, LHID).

¹⁰⁶ Voir Circ. 30, ch. 5.2.3.

fiscal à une imputation du patrimoine du trust aux bénéficiaires dans l'étendue de la prétention juridique. En conséquence, le bénéficiaire d'un *fixed interest trust* est assimilé à l'usufruitier à des fins fiscales.

La constitution d'un *irrevocable fixed interest trust* entraîne fondamentalement un revenu imposable chez les bénéficiaires, en raison de la clause générale de revenu (voir art. 16, al. 1, LIFD et art. 7, al. 1, LHID), sauf dans les cas d'exceptions prévus par la loi (p.ex. une donation).

Le patrimoine et les revenus courants d'un *irrevocable fixed interest trust* sont imputés aux bénéficiaires. Ces derniers sont soumis à l'impôt sur la fortune pour leur part du patrimoine du trust. Les gains en capital ainsi que les distributions venant du capital du trust sont exonérés d'impôts. Étant donné que dans la pratique, de par sa nature juridique, le trust est généralement considéré comme une entité durable, il est présumé que le capital apporté au trust ne pourra être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.

Les prestations d'un *irrevocable fixed interest trust* aux bénéficiaires n'ont aucune conséquence fiscale (restructurations de fortune exonérées d'impôts).

Les règles applicables lors de la liquidation d'un *irrevocable fixed interest trust* sont les mêmes que lors des prestations aux bénéficiaires.

Irrevocable discretionary trust¹⁰⁷

Dans le cas d'un *irrevocable trust*, le constituant se dessaisit définitivement de la fortune qui a été dévolue au trust. Si le constituant a son domicile en Suisse, il n'y a cependant dessaisissement du constituant, selon le droit en vigueur, que si un autre sujet fiscal est enrichi. Dans tous les autres cas, le patrimoine et le rendement de celui-ci continuent à être imputés au constituant.¹⁰⁵ Pour un tel *irrevocable discretionary trust*, les conséquences fiscales sont donc les mêmes que pour un *revocable trust*.

Si le constituant a son domicile à l'étranger au moment de la constitution d'un *irrevocable discretionary trust* et qu'il déplace son domicile en Suisse par la suite, le patrimoine du trust – en dérogation au principe exposé ci-dessus de l'absence d'enrichissement d'un autre sujet fiscal – n'est imputé ni au constituant ni aux bénéficiaires.

Les droits des bénéficiaires d'un *irrevocable discretionary trust* sont uniquement du domaine de l'expectative. Le moment et l'étendue des prestations éventuelles ne sont pas fixés, puisque celles-ci relèvent de la libre appréciation du trustee. Il arrive même que les bénéficiaires ignorent être bénéficiaires d'un trust. Néanmoins, dans la pratique et selon le cas d'espèce, une partie du patrimoine courant ainsi que les revenus du trust, si celui-ci a été constitué en Suisse, sont affectés aux bénéficiaires lors du décès du constituant.

Les prestations d'un *irrevocable discretionary trust* aux bénéficiaires doivent fondamentalement être considérées pour eux comme des revenus en raison de la clause générale de revenu (voir art. 16, al. 1, LIFD et art. 7, al. 1, LHID). En l'absence d'imputation fiscale du patrimoine du trust aux bénéficiaires, la prestation peut en

¹⁰⁷ Voir Circ. 30, ch. 5.2.2.

réalité être totalement ou partiellement exonérée de l'impôt en tant que gain en capital privé du bénéficiaire (art. 16, al. 3, LIFD). Dans la pratique en vigueur, il arrive que des gains en capital exonérés de l'impôt soient également acceptés si le trustee apporte la preuve comptable que la prestation est sous-tendue par un gain en capital. L'imposition du revenu est en outre placée sous la réserve de la preuve que la rentrée d'argent ne constitue pas un revenu ou que ce revenu n'est que partiel (preuve que le capital apporté au trust a été déjà traité comme donation lors de l'apport; art. 24, let. a, LIFD et art. 7, al. 4, let. c, LHID; cette constatation se rapporte cependant uniquement au capital apporté lors de la constitution ou ultérieurement, étant précisé que l'obligation d'apporter la preuve incombe au contribuable). Il convient en outre de relever que, dans la pratique, le trust, de par sa nature juridique, est le plus souvent considéré comme une entité durable, de sorte que l'on peut présumer que le capital apporté au trust ne pourra être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.

Les règles applicables à la liquidation d'un *irrevocable discretionary trust* sont les mêmes que pour les prestations émanant du trust.

2.4 Impôts sur les donations et sur les successions

Les cantons sont autonomes dans le domaine des impôts sur les successions et sur les donations. La Confédération n'a aucune compétence législative en la matière. En revanche, ce que le droit fédéral déclare comme étant un objet fiscal pour l'impôt sur le revenu ne peut plus faire l'objet des impôts cantonaux sur les successions ou sur les donations. Certains cantons ne connaissent aucun impôt sur les successions et/ou sur les donations. Les barèmes dépendent du degré de parenté des héritiers ou donataires par rapport au défunt ou au donateur. En cas de distribution à des personnes non apparentées, la charge fiscale peut aller jusqu'à environ 55 % en fonction des cantons.

En fonction du droit cantonal applicable, la constitution d'un trust peut déclencher des impôts sur les successions ou sur les donations si le patrimoine du trust n'est plus imputé au constituant.

2.5 Impôt anticipé et impôts à la source étrangers

Si le trust réalise des revenus soumis à l'impôt anticipé, il ne peut pas réclamer un remboursement, puisqu'il ne possède pas de personnalité juridique.

De même, le trust ne peut pas être qualifié de société commerciale sans personnalité juridique ayant droit à remboursement. L'art. 55, let. c, de l'ordonnance du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé (OIA)¹⁰⁸ accorde aux masses de biens gérées en Suisse qui sont consacrées à un but particulier, mais qui n'ont pas acquis la personnalité juridique, un droit au remboursement de l'impôt anticipé, à l'instar des personnes

¹⁰⁸ RS 642.211

morales. Cet article ne peut pas s'appliquer au trust, puisque celui-ci ne constitue pas une «masse de biens».¹⁰⁹

En revanche, la possibilité du remboursement est accordée à la personne qui est assujettie à l'impôt sur la fortune, sur le capital, sur le revenu ou sur le bénéfice pour le patrimoine et le produit de celui-ci. Cette personne doit remplir les conditions qui donnent droit au remboursement de l'impôt anticipé perçu sur les rendements du patrimoine du trust; c'est-à-dire qu'à l'échéance de la prestation imposable, elle doit posséder le droit de jouissance sur la valeur patrimoniale produisant le rendement soumis à l'impôt (voir art. 21, al. 1, let. a, du loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé [LIA]¹¹⁰), avoir son domicile ou son siège en Suisse (voir art. 22, al. 1, LIA et art. 24, al. 2, LIA) et avoir déclaré à l'autorité fiscale compétente le revenu grevé par l'impôt anticipé ou la fortune d'où provient ce revenu ou les avoir régulièrement comptabilisés en tant que rendement (voir art. 23, al. 1, LIA et art. 25, al. 1, LIA). Ces conditions doivent en règle générale être contrôlées chez le constituant dans le cas d'un *revocable trust*,¹¹¹ ou chez les bénéficiaires, dans le cas d'un *irrevocable fixed interest trust*.¹¹² Si, pour un *irrevocable discretionary trust*, le patrimoine du trust ainsi que les revenus qui en découlent ne sont pas (ou plus) imputés au constituant et ne sont pas (ou pas encore) imputés aux bénéficiaires entre le moment de la constitution du trust et celui d'une distribution, personne ne peut avoir droit au remboursement, de sorte que l'impôt anticipé entraîne une charge définitive.¹¹³

Enfin, il convient de mentionner que les personnes domiciliées à l'étranger peuvent avoir droit au remboursement de l'impôt anticipé à certaines conditions, également en vertu d'une convention contre les doubles impositions (CDI) conclue entre la Suisse et leur État de résidence.¹¹⁴

En particulier et sous réserve de règles spéciales figurant dans les CDI, en présence d'une demande de remboursement présentée par un trust de droit étranger, la pratique de l'AFC consiste à examiner dans un premier temps si au regard de la législation de cet État le trust est une «personne» qui est résidente fiscale de cet état (assujettissement à l'impôt), au titre de l'entité elle-même ou au titre d'un ou plusieurs trustees résidents de cet État impliquant un assujettissement aux impôts de cet État. Dans un tel cas, l'AFC retient pour correcte l'application des dispositions (dividendes, intérêts) de la convention applicable en vue de réduire la double imposition et rembourse partiellement l'impôt anticipé suisse; le fait que le «trust» ne soit pas une personne au sens du droit suisse (et pas nécessairement au sens de la convention) est moins pertinent en l'espèce que le fait qu'il y ait une personne entièrement assujettie aux impôts ordinaires dans l'autre État.¹¹⁵

Les prestations du trust à des bénéficiaires ne sont pas soumises à l'impôt anticipé.

¹⁰⁹ Circ. 30, ch. 7.2.

¹¹⁰ RS 642.21

¹¹¹ Circ. 30, ch. 7.2.1.

¹¹² Circ. 30, ch. 7.2.2.

¹¹³ Circ. 30, ch. 7.2.3.

¹¹⁴ Circ. 30, ch. 8.2.

¹¹⁵ Circ. 30, ch. 8.2.

Selon la pratique actuelle, les retenues à la source étrangères grevant les revenus versés à un *irrevocable discretionary trust* constitué par un résident étranger dont les parties (constituant, trustee et/ou bénéficiaires) seraient domiciliées en Suisse ne peuvent normalement pas être réduites par les CDI. Cela tient en particulier au fait que, selon la pratique actuelle, le trust n'a pas la qualité de résident et d'attributaire du revenu au sens des CDI.

En revanche, du moment que le fisc suisse impose les bénéficiaires de revenus de trusts résidents de Suisse ou le constituant, la question se pose de savoir si ces personnes peuvent prétendre au remboursement de l'impôt à la source sur la base d'une CDI conclue par la Suisse avec l'État de la source concerné. Dans une telle hypothèse, du strict point de vue de l'administration fiscale suisse, si la personne qui soumet la demande présente un rattachement personnel à la Suisse et si le revenu en question lui a été attribué en application de la loi et des principes d'imposition spécifiés dans la circulaire CSI, l'administration fiscale suisse atteste la demande et, selon la procédure prévue dans le cas d'espèce, la renvoie au bénéficiaire ou l'achemine à l'autorité fiscale étrangère compétente de l'État de la source des revenus qui a prélevé l'impôt à la source. Cela étant, la mesure dans laquelle il sera ensuite effectivement donné suite à cette demande de remboursement par cet État dépendra, le cas échéant, de la qualification retenue par ce dernier pour les revenus distribués à des trusts, respectivement au trust en question ou à ses bénéficiaires.¹¹⁶

2.6 Droits de timbre

Conformément au principe selon lequel les droits de timbre doivent être exclusivement examinés sur le plan du droit civil, le trustee doit s'attendre le cas échéant à des conséquences fiscales sur le plan du droit de timbre de négociation ainsi que du droit de timbre sur les primes d'assurances, puisque les droits de timbre présentent formellement le caractère d'impôts sur les transactions juridiques et que les valeurs patrimoniales du trust se trouvent entre les mains du trustee. Tel est le cas même si les valeurs patrimoniales sont inscrites comptablement dans les livres du constituant ou des bénéficiaires¹¹⁷. La pratique conformément à la circulaire n° 30 n'est donc pas applicable dans le domaine des droits de timbre.

2.7 Taxe sur la valeur ajoutée

La TVA a pour but d'imposer la consommation finale non entrepreneuriale sur le territoire suisse (art. 1, al. 1, de la loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée [LTVA]¹¹⁸). Les prestations fournies à l'étranger ne sont donc pas soumises à la TVA suisse. Pour déterminer si une prestation est réputée avoir été fournie en Suisse ou à l'étranger, les principes applicables sont ceux de la détermination du lieu stipulés à l'art. 7 LTVA pour les livraisons et à l'art. 8 LTVA pour les

¹¹⁶ Circ. 30, ch. 8.3.

¹¹⁷ Voir Arrêt du TF 2C_996/2015 cons. 2.2 et 4.1

¹¹⁸ RS 641.20

prestations de services. Pour les livraisons ainsi que les prestations de services dont le lieu ne dépend pas du principe du lieu du destinataire (voir art. 8, al. 2, let. a à g, LTVA), la détermination du lieu ne pose aucun problème pour les prestations versées à un trust. Pour les prestations de services relevant du principe du lieu du destinataire en vertu de l'art. 8, al. 1, LTVA, le lieu où la prestation de service est fournie est réputé être celui où le destinataire a le siège de son activité économique ou l'établissement stable pour lequel la prestation de services est fournie, ou à défaut d'un tel siège ou d'un tel établissement, le lieu où il a son domicile ou le lieu où il séjourne habituellement. Selon la conception juridique suisse, le trust n'est pas une personne morale, mais une institution juridique propre. Par conséquent, pour les prestations de services relevant du principe du lieu du destinataire (art. 8, al. 1, LTVA) fournies à un trust, il convient de se demander selon quels critères le trust est attribué à la Suisse ou à l'étranger ou au domicile de qui il est rattaché en vue de la détermination du lieu de la prestation.

Si l'on est en présence d'un *revocable trust*, le lieu de la prestation est déterminé en fonction du domicile du ou des constituant(s). Si le constituant ou au moins la moitié des constituants est domicilié en Suisse (principe du nombre de têtes), les prestations de services fournies selon l'art. 8, al. 1, LTVA sont réputées être fournies en Suisse. Si le domicile du constituant ou de la majorité des constituants (plus de 50 %) se trouve à l'étranger, la prestation de service est réputée fournie à l'étranger. Le traitement au titre de la TVA dépend de la nature de la prestation fournie (ainsi, les prestations de gestion de fortune sont imposables par principe, alors que les opérations sur les papiers-valeurs sont exclues du champ de l'impôt [art. 21, al. 2, ch. 19, let. e, LTVA]).

Si l'on est en présence d'un *irrevocable fixed interest trust* ou d'un *irrevocable discretionary trust* et si au moins la moitié des bénéficiaires ou des trustees (dans le cas où les bénéficiaires ne sont ni connus ni identifiables) ont leur domicile en Suisse (principe du nombre de têtes), les prestations de services fournies au trust selon l'art. 8, al. 1, LTVA sont réputées être fournies en Suisse. Le traitement au titre de la TVA dépend là encore de la nature de la prestation concernée.

Si des prestations imposables au sens de l'art. 8, al. 1, LTVA sont perçues par des entreprises ayant leur siège à l'étranger qui ne sont pas inscrites au registre des entreprises soumises à la TVA, ces prestations sont soumises à l'impôt sur les acquisitions (art. 45 LTVA) dans le chef des destinataires ou des trustees en Suisse, lorsque les conditions requises sont remplies. Si plusieurs bénéficiaires ou trustees ont leur domicile en Suisse, ils sont considérés comme une collectivité de personnes.

En revanche, si le domicile de la majorité des bénéficiaires ou des trustees (plus de 50 %) est à l'étranger (principe du nombre de têtes), les prestations de services fournies au trust qui relèvent de l'art. 8, al. 1, LTVA, sont réputées fournies à l'étranger et ne sont pas soumises à l'impôt grevant les opérations réalisées sur le territoire suisse.¹¹⁹

¹¹⁹ Voir ITS 14, ch. 7.3.3.

Les principes du traitement fiscal ont été publiés dans la circulaire n° 30 de la CSI. De nombreuses incertitudes juridiques portant sur les conséquences fiscales pour les constituants et les bénéficiaires ont ainsi été éliminées. En raison des variations entre les cantons en matière d'exercice de la souveraineté fiscale (impôts sur les successions et sur les donations, voir ch. 2.1) et compte tenu de la complexité de la question, les conséquences fiscales liées à un trust sont généralement clarifiées au préalable avec les autorités fiscales et définies de manière contraignante dans le cadre d'un ruling pour les deux parties pour le cas d'espèce. Ce dialogue ouvert entre constituant et autorités fiscales explique d'ailleurs en grande partie pourquoi le traitement fiscal actuel n'est guère critiqué par les praticiens et pourquoi il n'a donné lieu jusqu'ici qu'à de rares procédures fiscales judiciaires.

L'imputation du *revocable trust* au constituant est considérée dans la pratique comme opportune tant par les contribuables que par les autorités fiscales. On ne connaît d'ailleurs que très peu de cas de contestation de cette imputation. Du fait que le constituant peut révoquer le trust à tout moment, il ne s'est pas définitivement dessaisi de sa fortune et continue à exercer le contrôle sur le patrimoine du trust. L'imputation tient donc compte de sa capacité contributive économique. Sous l'angle économique, le *revocable trust* est un patrimoine du constituant.

De façon symétrique, l'imputation d'un *irrevocable fixed interest trust* aux bénéficiaires est opportune et acceptée. Les bénéficiaires ont acquis un droit sur le patrimoine et cette imputation est conforme à l'imposition en fonction de la capacité contributive économique.

De même, on ne connaît aucun litige juridique où cette imputation aurait été remise en question dans le cas d'un *irrevocable discretionary trust*. Si le patrimoine du trust n'était imputé à personne, il échapperait à l'imposition, ce qui créerait une lacune fiscale. Une telle lacune fiscale serait en contradiction avec la réalité. Sous l'angle économique, dans un trust familial, la fortune reste liée au constituant ou à sa famille, même dans le cas d'un *irrevocable discretionary trust*. Du point de vue du constituant et des bénéficiaires également, le patrimoine du trust «n'appartient» pas à des tiers, mais continue d'appartenir à la famille. Sous l'angle économique, il s'agit donc d'un patrimoine familial et il serait choquant que l'imposition d'un patrimoine continuant à servir au constituant ou aux bénéficiaires puisse être contournée par son apport à un *irrevocable discretionary trust*.

Le traitement différent des constituants selon qu'ils sont domiciliés en Suisse ou à l'étranger en cas d'*irrevocable discretionary trust* se justifie par les différences entre les ordres juridiques. Si en droit étranger un dessaisissement est parfois possible sans enrichissement, cette possibilité est inconnue dans le droit civil et fiscal suisse en vigueur.¹²⁰ On ajoutera également que même certains États anglo-saxons opèrent une distinction analogue à la pratique suisse entre un trust étranger créé par un résident (traité en transparence)¹²¹ et un trust constitué avant l'immigration.¹²² En comparaison

¹²⁰ Voir Circ. 30, ch. 7.2.3.

¹²¹ Voir par exemple § 679(a)(1) US Internal Revenue Code.

internationale, la pratique suisse n'est donc pas inusuelle. La reconnaissance fiscale des *pre-immigration trusts* contribue en outre à l'attractivité de la place économique Suisse.

L'analyse du groupe de travail regroupant des représentants de la Confédération, des cantons et des milieux scientifiques a montré par ailleurs que la pratique des cantons n'est pas toujours uniforme. Pour les impôts sur les successions et sur les donations, c'est dans la nature des choses puisqu'il s'agit d'un domaine où les cantons sont autonomes. Cependant, les pratiques cantonales divergent parfois aussi sur la question de savoir si des impôts sur le revenu et sur la fortune sont dus, alors qu'il s'agit d'un domaine harmonisé. Il n'existe pas encore de jurisprudence du Tribunal fédéral sur ces questions. La circulaire ne serait pas contraignante pour le Tribunal.

En règle générale, la pratique actuelle n'entraîne aucun problème de conformité au regard des CDI. En particulier, dans le contexte des rapports de trusts, il est admis que les mêmes revenus soient imposés en concurrence auprès de personnes différentes domiciliées dans des États contractants différents. La double imposition qui peut en résulter est bien connue et acceptée dès lors que les États ont en ce domaine toujours appliqué des règles d'attribution multiples (c'est le cas lorsque les revenus du trust sont imposés par plusieurs États dans le cas de sujets fiscaux différents: p.ex. l'État tiers impose le *revocable fixed interest trust* constitué en Suisse sur la base d'un bénéficiaire domicilié dans un État tiers, alors que la Suisse impute les revenus du trust au constituant) et en partie, il n'existe pas de droit de CDI à la réduction / à l'exonération de l'impôt à la source.¹²³

Dans la doctrine, la pratique actuelle qui s'appuie sur la circulaire est critiquée avant tout à deux égards:

Traitement fiscal du revocable trust

Dans la pratique actuelle, le patrimoine transmis au *revocable trust* continue à être imputé au constituant en l'absence de dessaisissement irrévocable, bien qu'au regard du droit civil, le constituant n'apparaisse plus comme le propriétaire.¹²⁴ Ainsi, le droit fiscal se distingue du droit civil au profit d'une approche économique. On peut se demander sur quelle base légale s'effectue l'imputation au constituant. La doctrine dominante considère que l'attribution des valeurs patrimoniales en droit civil ne peut

¹²² Voir par exemple § 679(4) US Internal Revenue Code qui prévoit un régime différent lorsque le trust est constitué 5 ans avant la prise de résidence («Special rules applicable to foreign grantor who later becomes a United States person»).

¹²³ Dans le cadre des relations source-résidence, une partie de la doctrine estime toutefois qu'une application correcte des règles distributives par l'État de la source impose à celui-ci de réduire son droit d'imposer dans la mesure où, selon les règles d'attribution de l'État de résidence, le revenu du trust est attribué à un résident de cet État, voir à ce sujet notamment DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Université de Genève / Genève, 2004., p. 296 et s; SALOM, *Switzerland/International - The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law*, IBFD Bulletin 2011. Cette interprétation se fonde notamment sur une interprétation contextuelle (art. 3(2) MC OCDE) des règles distributives permettant d'éviter une double imposition conformément au but et à l'objet des CDI (art. 31 CVDT).

¹²⁴ Voir par exemple TONI AMONN, *Trustbesteuerung in der Schweiz – eine Standortbestimmung*, ASA 76 2007/2008, p. 498; OPEL, op. cit., p. 278; NATALIE PETER, *Die liechtensteinische Stiftung und der Trust im Schweizer Steuerrecht*, FStR 2003, p. 172.

être cassée *de lege lata* que s'il y a évasion fiscale ou, selon les positions récentes de la doctrine, abus de droit fiscal.¹²⁵ Le constituant qui ne se dessaisit pas définitivement de sa fortune porte atteinte au principe de la bonne foi lorsqu'il invoque malgré tout le dessaisissement de fortune à des fins fiscales.

Selon l'avis majoritaire de la doctrine, une évasion fiscale ou un abus de droit fiscal ne doivent être reconnus qu'en application de critères rigoureux. Sur ce plan, la doctrine critique la circulaire en vigueur comme étant trop sévère.

Traitement fiscal de l'irrevocable discretionary trust

Dans un *irrevocable discretionary trust*, le constituant a définitivement abandonné le pouvoir de disposer du patrimoine transmis, mais sans accorder pour autant de droits fermes aux bénéficiaires. Le patrimoine du trust se trouve pour ainsi dire «en suspens». Le droit actuel exclut l'imputation au trust par manque de subjectivité fiscale, tandis que l'imputation au trustee est exclue par manque de justification économique – la doctrine est unanime sur ce point.

Conformément à la circulaire, le patrimoine et le rendement du trust sont imputés au constituant dans la mesure où celui-ci était domicilié en Suisse au moment de la constitution du trust.¹²⁶ Cela repose sur le principe élaboré par BÖCKLI, selon lequel il ne peut pas y avoir de dessaisissement sans enrichissement correspondant¹²⁷. Dans sa grande majorité, la doctrine considère cependant comme anticonstitutionnelle l'imputation au constituant qui s'est définitivement dessaisi de sa fortune¹²⁸. Elle y voit une violation au principe constitutionnel de l'imposition selon la capacité contributive économique (art. 127, al. 2, Cst.).

Par ailleurs, la doctrine voit dans la différence de traitement entre les constituants domiciliés en Suisse et ceux domiciliés à l'étranger une atteinte au principe général d'égalité de traitement (art. 8 Cst.): un constituant suisse subit une imputation, alors que ce n'est pas le cas du constituant domicilié à l'étranger au moment de la constitution du trust, même s'il s'installe ultérieurement en Suisse. La constitution de trusts à l'étranger jouit donc d'un avantage sans que cela repose sur une justification objective.¹²⁹

¹²⁵ ROBERT DANON, L'imposition du «private express trust»: analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda, ASA 2007/2008, p. 435, p. 448.

¹²⁶ Circulaire, ch. 5.1.1.2 et ch. 5.2.3.

¹²⁷ Voir par exemple PETER BÖCKLI, *Der angelsächsische Trust - Zivilrecht und Steuerrecht*, Zurich/Saint Gall 2007, p. 64 s.

¹²⁸ Voir par exemple ROBERT DANON, L'imposition du «private express trust»: analyse critique de la Circulaire CSI du 22 août 2007 et proposition de modèle d'imposition de lege ferenda, ASA 2007/2008, p. 435, p. 455; AMONN, op. cit., p. 502 ss.; XAVIER OBERSON, Le traitement fiscal du trust en droit Suisse. Les limites à l'application des principes généraux de la fiscalité, ASA 2007/2008, p. 485 s., p. 491; ANDREA OPEL, Familienstiftung und Trust – Postulat für eine kohärente Besteuerung, ASA 78 2009/2010, p. 282 s.

¹²⁹ DANON, op. cit., p. 455. Au surplus, les arguments avancés par la circulaire (référence à l'art. 335 CC et à la réserve générale de l'évasion fiscale) ne sont pas jugés convaincants. D'une part, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral, l'art. 335 CC ne constitue pas une loi d'application d'immédiate (ATF 135 III 614) et ne saurait donc paralyser la reconnaissance d'un trust étranger. D'autre part, il n'est pas possible d'affirmer que la création de tout trust irrévocable et discrétionnaire constitué par un résident suisse est d'emblée constitutive d'une évasion fiscale, DANON, op. cit., p. 454.

3 Dispositions applicables aux trusts en matière de transparence et de lutte contre le blanchiment d'argent

3.1 Normes internationales

3.1.1 Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

Les 40 recommandations formulées en 1990 par le Groupe d'action financière (GAFI) se sont établies en tant que norme internationale dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Non contraignantes, elles ne constituent pas une norme juridique directement applicable et doivent donc être transposées en droit national. En 1997, la Suisse a édicté sa loi sur le blanchiment d'argent (LBA)¹³⁰ et les dispositions d'exécution correspondantes.

La recommandation 25 (ci-après R.25) concerne la transparence et les bénéficiaires effectifs des constructions juridiques, dont font partie les trusts.¹³¹ Elle vise à ce que les pays prennent des mesures pour empêcher l'utilisation des constructions juridiques à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme en facilitant l'accès des autorités compétentes aux informations relatives à ces constructions. Cela comprend également des informations sur les bénéficiaires effectifs des entités juridiques et autres constructions juridiques, c'est-à-dire les personnes physiques qui possèdent et contrôlent effectivement ces entités et constructions juridiques anonymes. Le GAFI a défini le terme «bénéficiaire effectif» dans le cadre de ses recommandations et en vue de leur mise en œuvre dans la pratique: *«L'expression bénéficiaire effectif désigne la ou les personnes physiques qui en dernier lieu possèdent ou contrôlent un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique. Les expressions «en dernier lieu possèdent ou contrôlent» et «exercent en dernier lieu un contrôle effectif» désignent les situations où la propriété ou le contrôle sont exercés par le biais d'une chaîne de propriété ou par toute autre forme de contrôle autre que directe [...]»*.

La note interprétative de la R.25 (ci-après INR25) précise que la législation de l'État auquel est soumis un trust devrait obliger les trustees à obtenir et à détenir des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur les bénéficiaires du trust. L'identité du constituant, du trustee, du protecteur (le cas échéant), du bénéficiaire ou de la catégorie de bénéficiaires ainsi que de toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur le trust devrait être déterminée sur cette base. Ces obligations de transparence et de diligence à prévoir pour les trustees permettent notamment de mettre à la disposition des autorités compétentes des informations sur les ayants droit économiques et de les échanger sur le plan international. Les exigences de la R.25 sont mises en œuvre en droit suisse dans l'art. 64 OBA-FINMA.

¹³⁰ RS 955.0

¹³¹ Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT, méthodologie relative à la recommandation 25, nbp 78 (www.fatf-gafi.org > publications).

En outre, en vertu des recommandations 10 et 22 du GAFI, les intermédiaires financiers, c'est-à-dire les établissements financiers ainsi que les entreprises et professions non financières désignées (*designated non financial businesses and professions*, DNFBP), doivent eux aussi obtenir dans le cadre de leurs obligations de diligence des informations sur les ayants droit économiques des trusts avec lesquels ils ont noué des relations d'affaires. Comme pour les renseignements relatifs à la structure de propriété, les établissements financiers et les DNFBP doivent garder à jour leurs informations sur les ayants droit économiques et, si nécessaire, les vérifier en cas de doutes sur leur exactitude.

3.1.2 Transparence en matière fiscale

Dans le cadre de l'assistance administrative internationale en matière fiscale, les autorités fiscales de différents États échangent des renseignements pertinents pour exécuter le droit fiscal national. En 2009, la Suisse s'est engagée à appliquer la norme de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'assistance administrative. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (MC OCDE)¹³² est une recommandation de l'OCDE à ses États membres qui n'est pas contraignante sur le plan juridique. Conformément aux dispositions de cette norme, la Suisse a déjà adapté aux prescriptions de l'OCDE de nombreuses conventions contre les doubles impositions (CDI) conclues avec des pays tiers, notamment en ce qui concerne l'échange de renseignements (art. 26 MC OCDE). Enfin, le Conseil fédéral a signé en 2013 la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (convention sur l'assistance administrative¹³³), qui définit des bases contraignantes en droit international pour l'échange de renseignements sur demande, l'échange spontané de renseignements et l'échange automatique de renseignements. Le transfert de renseignements dans un cas particulier continue néanmoins de se fonder sur les CDI et les accords concernant l'échange de renseignements en matière fiscale (AERF) que la Suisse a conclus avec plusieurs pays. L'assistance administrative peut également être accordée au titre de la convention éponyme.

Les exigences applicables en matière fiscale aux personnes exerçant le contrôle s'appuient sur les recommandations du GAFI concernant les ayants droit économiques. Eu égard aux objectifs divergents du GAFI et du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial), les recommandations du GAFI ne sont pas appliquées et interprétées de la même façon dans l'échange de renseignements fiscaux, mais cela ne modifie en rien le principe que les prescriptions figurant dans ces recommandations, y compris celles de la R.25, doivent également être respectées dans le domaine fiscal.

Dans l'échange de renseignements fiscaux, le seul facteur décisif pour répondre à une demande est de savoir si les renseignements demandés sont susceptibles d'être perti-

¹³² Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune: OECD iLibrary | Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (version complète) (oecd-ilibrary.org)

¹³³ RS 0.652.1

nents pour l'État requérant (pertinence prévisible). Par conséquent, le trust et les personnes impliquées (constituant, trustee, protecteur, bénéficiaires, personnes exerçant un contrôle) sont également couverts par l'art. 26 MC OCDE, de sorte que les informations à cet égard peuvent être demandées dans le cadre d'une demande d'assistance administrative sur la base d'une CDI conforme à la norme, pour autant que leur pertinence prévisible soit affirmée.

En se basant sur des critères de référence spécifiques et une méthodologie développée à cet effet, le Forum mondial vérifie régulièrement si les États mettent correctement en œuvre l'échange de renseignements sur demande. Le critère de référence 1.4¹³⁴ encourage les juridictions à prendre toutes les mesures raisonnables pour faire en sorte que leurs autorités compétentes disposent d'informations sur le bénéficiaire effectif en ce qui concerne les trusts (i) régis en vertu des lois de cette juridiction, (ii) administrés dans cette juridiction ou (iii) dont un trustee est résident de cette juridiction. Ces informations comprennent l'identité du constituant, du ou des trustees, du protecteur (le cas échéant), de tous les bénéficiaires ou les catégories de bénéficiaires ainsi que de toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur le trust. De plus, les autorités compétentes doivent avoir accès aux informations sur les propriétaires juridiques et les ayants droit économiques des trusts qui sont détenues par des banques ou d'autres prestataires de services financiers, établissements ou personnes agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire (y c. les nommées et les trustees).

Élaborée pour l'échange automatique de renseignements en matière fiscale, la Norme commune de déclaration (NCD) de l'OCDE¹³⁵ comporte des obligations de déclaration et de diligence pour les établissements financiers et fait également référence aux recommandations du GAFI en ce qui concerne les bénéficiaires effectifs (personnes exerçant un contrôle). Si un trust a la qualité d'institution financière déclarante, il doit, en cas de participation aux fonds propres détenue par une entité juridique, déclarer comme détenteur la ou les personnes qui exercent un contrôle sur cette entité selon les dispositions de la R.25, ce qui correspond à la procédure générale des établissements financiers lorsqu'ils doivent identifier les ayants droit économiques selon la NCD pour les trusts qui y ont un compte financier.

3.2 Conformité du droit suisse avec les normes internationales

En tant que membre du GAFI, la Suisse s'est engagée sur le plan politique à respecter ses recommandations sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qu'elle met en œuvre essentiellement à travers sa propre législation concernant cette lutte. La R.25 est d'ores et déjà applicable aux trusts étrangers qui sont administrés en Suisse. Pour vérifier la mise en œuvre efficace de ses recommandations, le GAFI a identifié onze objectifs clés ou «résultats immédiats» (RI) qui permettent d'obtenir un cadre effectif pour lutter contre le blanchiment d'argent et le

¹³⁴ Échange de renseignements à la demande, manuel pour les examens par les pairs 2016-2020, termes de référence (TdR A1.4): termes-de-reference.pdf (oecd.org).

¹³⁵ RS 0.653.1

financement du terrorisme.¹³⁶ Lors de l'évaluation de la Suisse, le GAFI a constaté certaines lacunes dans la mise en œuvre du RI5,¹³⁷ mais la révision de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) en 2020 les a comblées.¹³⁸ La Suisse remplit ainsi dans une large mesure les exigences de fond de la R.25 pour les trusts étrangers reconnus conformément à la CLHT, dans la mesure où elles sont applicables.

En matière de transparence fiscale également, la Suisse s'est engagée sur le plan politique, en tant que membre du Forum mondial, à mettre en œuvre les normes internationales de lutte contre la soustraction d'impôt. Par conséquent, les trusts étrangers administrés en Suisse sont eux aussi assujettis aux dispositions des accords en vigueur, dont le respect est vérifié dans le cadre d'examens par les pairs. Lors de l'examen des pays en 2020,¹³⁹ le Forum mondial a recommandé à la Suisse de veiller à ce que les trustees non professionnels qui ne disposent pas d'un compte bancaire et ne travaillent pas avec un assujetti à la LBA détiennent des informations permettant d'identifier les bénéficiaires effectifs des trusts (ch. 173 du rapport sur la Suisse). Cette recommandation tient au fait que ces trustees ne sont pas soumis aux obligations de la LBA et ne doivent dès lors pas identifier les ayants droit économiques des trusts. De plus, le Forum mondial a conseillé à la Suisse de vérifier si les trustees non professionnels suisses de trusts étrangers qui n'exercent pas d'activités commerciales tiennent une comptabilité pleinement conforme à la norme internationale et si cette comptabilité est conservée pendant au moins cinq ans dans tous les cas (ch. 203 du rapport sur la Suisse).

3.3 Exigences posées à un trust de droit suisse

Un vaste réseau de mécanismes de transparence et de surveillance a été mis en place à la suite des développements internationaux concernant lutte contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et la soustraction d'impôt. La Suisse s'est engagée politiquement à le respecter. Une législation suisse sur les trusts doit donc elle aussi satisfaire les dispositions internationales correspondantes; sinon, un trust de droit suisse non conforme aux normes risquerait d'être évalué défavorablement dans le cadre des examens par les pairs. La place financière helvétique essuierait alors de nouvelles critiques, et la compétitivité de la Suisse en pâtirait dans le domaine de la gestion de fortune.

¹³⁶ Le GAFI examine, lors des évaluations mutuelles, l'efficacité des mesures d'un pays pour chacun des onze RI, qui sont subdivisés par thème. Concernant les trusts, le RI5 est particulièrement important: «L'utilisation des personnes morales et des constructions juridiques à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme est évitée, et des informations sur leurs bénéficiaires effectifs sont accessibles aux autorités compétentes sans entraves».

¹³⁷ Rapport d'évaluation mutuelle, Suisse, décembre 2016 (www.fatf-gafi.org > publications).

¹³⁸ Objet 19.044, loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent. Modification: 19.044 | Loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent. Modification | Objet | Le Parlement suisse.

¹³⁹ Rapport d'examen par les pairs sur l'échange de renseignements sur demande, Suisse 2020 (deuxième cycle): OECD iLibrary | Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales: Suisse 2020 (deuxième cycle): rapport d'examen par les pairs sur l'échange de renseignements sur demande (oecd-ilibrary.org).

En plus du respect de la R.25, la Suisse devra à l'avenir garantir l'efficacité des mesures juridiques prises.¹⁴⁰ La réglementation anti-blanchiment en vigueur limite de façon adéquate le risque qu'un trust soit utilisé à des fins abusives en Suisse.¹⁴¹ Ce constat vaut aussi bien pour les trusts constitués selon un droit étranger que pour les futurs trusts suisses. Étant donné qu'un trust de droit suisse peut également être utilisé à l'étranger, les risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme augmentent potentiellement. Pour cette raison, il est important que le trust suisse soit compatible avec les exigences de transparence des normes internationales. Cela implique notamment que les trustees non professionnels soient également tenus de déterminer et d'identifier les ayants droit économiques du trust (voir le commentaire de l'art. 529j AP-CO). En outre, si la R.25 était modifiée, de manière par exemple à exiger un lien suffisant avec le pays selon la loi duquel le trust a été constitué, d'autres options devraient être examinées pour mettre en œuvre cette nouvelle exigence (par exemple en prévoyant l'obligation de déposer les informations auprès d'un représentant en Suisse ou celle de nommer au moins un trustee domicilié en Suisse, ou encore en introduisant un registre des trusts).

La législation suisse respecte déjà dans une large mesure les exigences de la R.25 sur les trusts étrangers qui opèrent sur le territoire helvétique. Il faudra s'assurer en outre qu'elle répond également aux exigences spécifiques de la méthodologie relative à la R.25 pour les pays disposant d'un droit sur les trusts.¹⁴² Pour le moment, les critères 25.1(a) (le trustee doit identifier les ayants droit économiques et détenir les informations correspondantes) et 25.1(b) (le trustee doit disposer d'informations sur les autres agents et prestataires réglementés du trust [conseillers en placement, gestionnaires de fortune, comptables, conseillers fiscaux]) ne sont pas applicables à la Suisse, mais il faudrait en tenir compte dès que le trust de droit suisse sera mis en place. D'après le point 5 de la note interprétative sur la R.25, les trustees devraient en outre être tenus de conserver ces informations pendant une durée d'au moins cinq ans après la cessation de leur implication dans le trust. Enfin, en vertu du point 6 de cette note, les pays devraient imposer que les informations soient tenues aussi exactes et à jour que possible et soient mises à jour dans un délai raisonnable après tout changement.

Ces directives sont valables pour tous les trustees, qu'ils soient ou non assujettis à la législation sur les marchés financiers. Lors de l'introduction d'un trust de droit suisse, il faudra donc veiller à ce que les trustees non soumis à cette législation respectent eux aussi ces conditions spécifiques aux trusts.

¹⁴⁰ Méthodologie (voir nbp 131), méthodologie relative à la recommandation 1 et au résultat immédiat 5.

¹⁴¹ Le risque de blanchiment d'argent associé aux trusts a été analysé dans le Rapport du Groupe de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF), National Risk Assessment (NRA): Risque de blanchiment d'argent associé aux personnes morales, novembre 2017 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/52565.pdf>). Ce rapport conclut que, bien que les trusts représentent par nature un risque élevé, 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 (rapport, p. 67).

¹⁴² Méthodologie (voir nbp 131), méthodologie relative à la recommandation 25.

3.4 Évolution des normes internationales

Des discussions et des analyses sur la révision des recommandations du GAFI, notamment de la recommandation 24 (R.24), sont en cours. La révision de la R.24 porte en particulier sur les questions d'identification des ayants droit économiques (au sens de personnes physiques). Elle concerne principalement les trois points suivants: i) la qualité des informations sur les ayants droit économiques (pertinence, exactitude et disponibilité); ii) l'accès à ces informations dans un délai raisonnable; et iii) les obstacles juridiques qui entravent la transparence (actions au porteur et *nominees*). Pour ce qui est de la qualité des informations et de leur accès, on peut se demander comment elles seraient détenues (possibilité de registres centralisés qui regrouperaient ces informations) et qui y aurait accès et à quelles conditions. Ces questions ont également leur importance dans le cadre de la révision de la R.25, dont les travaux correspondants sont prévus entre la mi-2021 et la fin 2022. En fonction des solutions qui seront adoptées à l'avenir dans les standards du GAFI, les règles de transparence prévues dans l'avant-projet devront être adaptées. La présente proposition pour un trust suisse satisfait aux exigences actuelles de la R.25, mais cela ne signifie pas qu'elle réponde aux nouvelles exigences qui pourraient être introduites à l'avenir, d'autant plus qu'il faut s'attendre à ce que les exigences internationales en matière de transparence pour les constructions juridiques, et donc aussi pour les trusts, soient renforcées dans la futur.

3.5 Transparence selon les prescriptions internationales

En vertu de la législation en vigueur sur les marchés financiers, le critère 25.1(a) de la R.25 (voir explications détaillées au précédent ch. 3.1.1) s'applique déjà à tous les trustees assujettis, mais il devrait également être étendu aux autres trustees. L'art. 529j proposé dans l'avant-projet de code des obligations (AP-CO) entend combler cette lacune en imposant aux trustees non assujettis à la législation sur les marchés financiers, dans le cadre du droit sur les trusts, d'identifier les ayants droit économiques du trust et de conserver les informations correspondantes. Contrairement à d'autres pays, on évite ainsi de soumettre tous les trustees à la législation sur les marchés financiers soit en les surveillant, soit en les contraignant à agir par l'intermédiaire d'un spécialiste soumis à la LBA. De plus, l'art. 529j AP-CO transpose le critère 25.1 (b) dans le droit suisse. Enfin, le dispositif de mise en œuvre des recommandations du GAFI est complété par une adaptation de l'art. 327a proposé dans l'avant-projet de code pénal (AP-CP; cf. commentaires ci-après à ce sujet), pour que soit punie d'une amende la violation de ces obligations de transparence du droit des trusts.

4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

4.1 Généralités

Le trust étant, au premier chef, une institution juridique des pays de *common law*, ces derniers fixent les standards en vigueur au niveau international. Le trust tel que propo-

sé dans cet avant-projet doit dès lors être analysé à l'aune des principes en vigueur dans ces Etats (voir ch. 4.2). A cet égard, le trust anglais peut être considéré comme le modèle de référence. Pour s'assurer de la compétitivité et de l'attractivité du trust suisse, on s'intéressera également aux pays qui occupent une place similaire à la Suisse sur la scène financière internationale (Singapour) ainsi qu'aux trusts proposés par les places *offshore* (Jersey, Iles Cayman). Comme déjà dit, le trust n'est pas resté cantonné aux Etats de common law, mais s'est frayé au fil des ans un chemin au sein des Etats de tradition civiliste (voir ch. 4.3). Il s'agit, pour certains, de membres du Commonwealth (Ecosse et Québec). Mais des trusts et d'autres constructions juridiques similaires (*trust-like arrangements*, comme la fiducie par exemple¹⁴³), ont également été introduits dans des Etats de droit continental, de longue date pour certains (Liechtenstein), plus récemment pour d'autres (France). La conclusion de la CLHT en 1985 a donné un coup d'accélérateur à la diffusion du trust au sein des pays ratificateurs. Depuis, plusieurs pays l'ont introduit dans leur législation interne ou envisagent de le faire. A titre d'exemple, au sein de l'UE, trois États membres ont des trusts fondés en tout ou partie sur la *common law* (Chypre, Irlande, Malte) et sept autres déclarent connaître dans leur ordre juridique des constructions considérées comme analogues au trust (France, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie et Tchèque).¹⁴⁴ En envisageant d'intégrer le trust à son ordre juridique, la Suisse suit la tendance au niveau tant européen qu'international et est loin de faire cavalier seul.

4.2 Pays de Common-Law

4.2.1 Angleterre

Les origines du trust remontent au Moyen Age. On raconte que lorsqu'un chevalier (le *settlor*) partait pour les croisades, il confiait ses terres à une personne de confiance (le *trustee*) pour qu'il les administre dans l'intérêt des membres de sa famille (les *beneficiaries*). Or, les cours de *Common Law* considéraient le trustee comme le seul titulaire de droits réels. Elles n'accordaient aucune protection au settlor ou aux bénéficiaires. Lorsque, manquant à ses engagements, le trustee utilisait les terres dans son propre intérêt ou refusait de les restituer, les lésés se tournèrent alors vers la juridiction d'équité afin de faire valoir leurs droits. C'est ainsi que fut consacrée, dans les principes de l'*equity*, l'institution du trust dans laquelle le trustee a l'obligation d'exercer ses prérogatives de propriétaire dans l'intérêt des bénéficiaires. Progressivement, la juridiction d'équité a étendu la protection des bénéficiaires en leur accordant, en plus des prétentions personnelles à l'encontre du trustee, des prétentions de nature réelle sur les biens faisant l'objet du trust. Le trust devient ainsi opposable aux tiers: si le trustee cédait des biens du trust en violation de ses obligations, les bénéficiaires

¹⁴³ Voir ci-dessus ch. 1.1.2 et nbp 13.

¹⁴⁴ Voir la Liste des fiducies (trusts) et constructions juridiques similaires régies par la législation des États membres, telles que notifiées à la Commission (JO /C 136 du 27.4.2020, p. 5), voir également le Rapport de la commission au parlement européen et au conseil évaluant si les États membres ont dûment identifié et soumis aux obligations énoncées dans la directive (UE) 2015/849 l'ensemble des fiducies/trusts et des constructions juridiques similaires régies par leur droit (COM/2020/560 final).

pouvaient en exiger la restitution devant la juridiction d'équité. Les tiers de bonne foi étaient toutefois protégés dans leur acquisition.¹⁴⁵

Les sources juridiques du trust anglais sont essentiellement jurisprudentielles. Certains aspects du droit du trust ont été codifiés dans des lois: le Trustee Act 1925 (chapter 19), réformé par le Trustee Act 2000, relatif aux droits et devoirs des trustees et le Charities Act 2006 relatif aux trusts à but non lucratif, remplacé quelques années plus tard par le Charities Act 2011. La définition du trust anglais correspond à celle de la CLHT. Le trust anglais est dénué de personnalité juridique. Il peut être constitué par la volonté du settlor (*express trust*, *implied trust*) ou par l'effet du droit de l'*equity* (*constructive trust*, *resulting trust*). L'*express trust* peut être constitué pour cause de mort (*testamentary trust*) ou par acte entre vifs (*trust inter vivos*). Il peut être révoicable ou irrévocable et conférer aux bénéficiaires un droit ferme à une distribution (*fixed interest trust*) ou une simple expectative soumise au pouvoir discrétionnaire du trustee (*discretionary trust*). En principe, un trust ne peut être constitué que dans l'intérêt de bénéficiaires. A l'exception notable des *charitable trusts*, les (*private*) *purpose trusts* sont donc interdits. Le droit anglais ne prévoit aucune limitation quant à la personne du constituant, du trustee ou des bénéficiaires: il peut s'agir de personnes physiques ou morales. La constitution d'un trust en faveur d'une personne à naître (*unborn person*) est autorisée. Le constituant et le trustee peuvent également être bénéficiaires du trust, mais le trustee ne peut pas être bénéficiaire unique. Le trust doit être constitué pour une durée limitée qui ne peut pas excéder 125 ans. Il peut prendre fin de manière anticipée lorsqu'il n'existe plus de bénéficiaire ou que son but est pleinement réalisé, s'il est révoqué, si le patrimoine du trust disparaît, ou encore avec l'accord unanime de tous les bénéficiaires. Les trusts anglais ne sont soumis à aucune obligation d'enregistrement ou de publicité. Cependant, depuis janvier 2019, tous les trusts qui ont des obligations fiscales au Royaume-Uni (impôt sur le revenu, impôt sur les plus-values, droits de succession ou droits de timbre) sont tenus de s'enregistrer auprès de l'administration fiscale. Ce registre des trusts a été introduit pour transposer les 4e¹⁴⁶ et 5e¹⁴⁷ directives anti-blanchiment de l'Union européenne (voir ch. 4.4). Il n'est pas public.

La constitution du trust n'est soumise à aucune exigence de forme. Pour autant que le constituant manifeste clairement son intention de créer un trust et qu'il désigne avec une certitude raisonnable les bénéficiaires et les biens du trust, une déclaration orale suffit. Le trust n'est, en règle générale, valablement constitué et ne développe ses effets que lorsque le constituant transfère la propriété des biens du trust au trust ou s'il se déclare lui-même trustee. En cas de changement de trustee, la propriété des biens du trust doit être transférée à son successeur. Dans certains cas, le transfert se fait automatiquement, par l'effet de la loi. Le tribunal a le pouvoir d'intervenir et de prendre des mesures dans différents cas de figure. Il peut notamment désigner ou remplacer un trustee, donner au trustee des instructions sur des questions spécifiques et décider de toute question relative à l'exécution du trust, autoriser certaines transactions ou encore exonérer le trustee de sa responsabilité. Sous réserve d'une convention contraire avec le créancier, le trustee répond de façon illimitée sur son patrimoine

¹⁴⁵ GRISEL, *op. cit.*, p. 7 s.

¹⁴⁶ Directive (UE) 2015/849, voir nbp 9.

¹⁴⁷ Directive (UE) 2018/843, voir nbp 12.

personnel des dettes du trust. Il est également responsable envers le trust du dommage causé par un manquement à ses obligations. Le trustee a droit au remboursement des frais encourus dans l'exécution régulière de sa fonction. Les trustees professionnels ont droit à une rémunération appropriée. Les trustees non professionnels ne peuvent y prétendre que si la rémunération est prévue dans l'acte de trust. Les trustees sont investis des pouvoirs d'administration, de disposition et d'investissements sur le patrimoine du trust. En contrepartie, ils sont liés par des devoirs spécifiques (détenir et gérer les biens d'un trust, respecter les dispositions de l'acte de trust, agir avec prudence, agir personnellement, agir de manière impartiale, agir dans l'intérêt des bénéficiaires, tenir des comptes, fournir des informations, ne pas tirer profit du trust, ne pas faire concurrence au trust, ne pas acheter de biens du trust).

4.2.2 Iles Caïmans

Les Iles Caïmans comptent parmi les principales places financières du monde. Il s'agit de l'un des quatorze territoires britanniques d'outre-mer se trouvant sous la souveraineté du Royaume-Uni. Elles font partie de la Couronne britannique. Le système juridique caïmanais est basé sur la *common law* et l'*equity* anglaises. Les sources du droit du trust sont la jurisprudence anglaise, les lois locales et la jurisprudence des cours locales. Les Iles Caïmans ont adopté la Trust Law en 1967. Elle a depuis fait l'objet de nombreuses révisions successives. A l'origine proche du Trustee Act 1925 du droit anglais, cette loi a fait l'objet de plusieurs modifications successives et s'en est progressivement éloigné. Le droit caïmanais permet la constitution de types de trust qui ne sont traditionnellement pas autorisés dans les pays de *common law*. Il permet notamment la constitution de «*STAR trusts*», introduit par la Special Trust Alternative Regime Law 1997 puis repris dans la Trust Law. Les *STAR trusts* peuvent être constitués dans l'intérêt de bénéficiaires ou dans un but déterminé, qui peut être d'utilité publique ou non. Les trusts constitués à la fois dans un but déterminé et dans l'intérêt de personnes spécifiques sont appelés «*mixed trusts*». Comme d'autres juridictions *offshores*, le droit des Iles Caïmans déroge ainsi au principe de *common law* qui n'autorise que les *charitable purpose trusts*. Le *STAR trust* se distingue des trusts ordinaires sur d'autres points. Alors que la durée des autres types de trust des Iles Caïmans ne peut excéder 150 ans, le *STAR trust* n'est soumis à aucune limite dans le temps. Par ailleurs, la désignation d'un *enforcer* est exigée. Sa mission est de superviser les activités du trustee et de faire respecter l'acte de trust, rôle normalement dévolu aux bénéficiaires. Les *enforcers* jouissent en principe des mêmes droits et recours que les bénéficiaires des trusts ordinaires. Les *enforcers* peuvent être des personnes physiques ou morales. Il peut s'agir du constituant, de bénéficiaires, de protecteurs ou de tiers. En outre, au moins un des trustees du *STAR trust* doit être une société (*trust corporation*) au bénéfice d'une autorisation et tenue de conserver certains documents et informations (acte de trust, identité des trustees, des *enforcers* et du constituant, état du patrimoine du trust, etc.).¹⁴⁸ La constitution d'un *STAR trust* permet au constituant de garder un contrôle étroit sur le trust, sans ingérence de la part des bénéficiaires. Il se prête aussi bien à la constitution de *family trust* (*dynasty trust*) ou de *charity trust*,

¹⁴⁸ Pour une présentation du droit du trust caïman, voir CINCELLI, *op. cit.*, n° 562 ss.

que de pur *private purpose trust*, notamment pour une utilisation dans le cadre de transactions financières (en tant que *special purpose vehicle* - SPV) ou à des fins commerciales (*private trust company*, *voting trust*, *pension fund trust*). Les trust caïmanais ne sont soumis à aucune obligation d'enregistrement et les informations les concernant ne sont pas accessibles au public.

4.2.3 Jersey

Jersey, une dépendance de la Couronne britannique située dans les îles Anglo-Normandes, est un centre important de finance *offshore*. Une spécificité intéressante du droit du trust de Jersey est qu'il a fait l'objet d'une codification des règles de *common law* dans la Trust (Jersey) Law 1984, qui peut servir de modèle aux pays de droit civil qui envisagent d'introduire le trust dans leur législation. La Trust Law contient notamment un catalogue des obligations (*duties*) et des pouvoirs (*powers*) du trustee, ainsi que des règles sur sa responsabilité (*liability for breach of trust* et *trustee's liability to third parties*). De manière générale, les caractéristiques fonctionnelles du trust de Jersey sont les mêmes que celles du trust anglais. Ainsi, le caractère réel de l'*equitable interest* des bénéficiaires ressort expressément de la loi, qui les qualifie de «*movable property*» et précise qu'ils peuvent être vendus ou mis en gage. Il présente cependant certaines différences, introduites pour le rendre plus attractif. Ainsi, le droit de Jersey autorise la constitution de trusts pour une période de temps illimitée, s'affranchissant ainsi de la *rule against perpetuities*. Il autorise également la constitution de *non-charitable purpose trust*, à la condition qu'un *enforcer* soit désigné, de manière analogue à ce que prévoit le droit caïman pour les *STAR trusts* (voir ci-dessus). Il n'existe pas de registre des trusts jersiais.

4.3 Pays de tradition civiliste et mixte

4.3.1 Ecosse

Le système juridique écossais est un système dit mixte (*mixed legal system*) influencé par le droit civil et la *common law*. Il ne connaît pas la notion d'*equity*. Les aspects de droit privé, notamment ceux des droits réels, sont régis par les principes du droit romain. Le trust est aujourd'hui rattaché aux droits réels, mais il a longtemps été considéré comme relevant du droit des obligations. Le trust écossais, qui remplit des fonctions similaires au trust anglais, s'est établi sans que les principes de *common law* ne s'appliquent et donc sans que l'on ne reconnaisse aux bénéficiaires un «*equitable interest*» sur les biens du trust.¹⁴⁹ Il est souvent cité comme exemple de réception du trust dans un ordre juridique de droit civil.

Les premières mentions du trust en Ecosse remontent au XVII^e siècle. Au cours des XVII^e et XVIII^e siècle, la jurisprudence écossaise a progressivement élaboré un régime du trust. Aujourd'hui encore, la jurisprudence reste la principale source du droit

¹⁴⁹ CINCELLI, *op. cit.*, n° 530.

écossais du trust. Mais il est aussi régi par des textes législatifs. Les textes principaux sont les Trusts (Scotland) Act de 1921 et 1961 et le Trustee Investments Act de 1961.

Comme en droit anglais, les biens affectés au trust sont transférés au trustee. Selon l'opinion majoritaire, le transfert de la propriété des biens du trust est une condition à la constitution du trust. Le trustee a un droit de nature réelle sur les biens du trust: il en est le propriétaire fiduciaire. Les biens du trust forment un patrimoine distinct insaisissable par les créanciers personnels du trustee. Si le trustee aliène les biens en violation des dispositions du trust, le tiers acquéreur devient légalement propriétaire du bien. Dans ce cas, un droit de suite peut être exercé contre l'acquéreur, sauf à l'encontre d'un acquéreur de bonne foi à titre onéreux. Le trust n'est pas considéré comme un contrat, mais comme un acte de volonté unilatérale du constituant, soumis à l'acceptation par le trustee. Les modalités de constitution du trust écossais sont semblables à celle du droit anglais: un trust peut être érigé entre vifs ou pour cause de mort et résulter d'un acte juridique (*express trust*) ou de la loi (*resulting* ou *constructive trust*). Jusqu'en 1995, la preuve de l'existence d'un trust devait pouvoir être apportée par un acte écrit ou notarié. Cette exigence a été supprimée, de sorte qu'une déclaration orale est désormais suffisante, sous réserve des exigences de forme pour le transfert au trustee de biens immobiliers et de celles applicables aux dispositions pour cause de mort. Par ailleurs, lorsque le constituant se désigne lui-même trustee des biens lui appartenant, l'attribution des biens au trust nécessite une déclaration écrite. Le droit écossais ne prévoit pas non plus d'obligation d'inscription des trusts dans un registre. Toutefois, beaucoup de trusts s'inscrivent volontairement dans un registre public, le *Books of Council and Session*, pour bénéficier des effets liés à la publicité. L'inscription nécessite en principe le dépôt d'une copie de l'acte de trust. Sauf disposition contraire dans l'acte de constitution du trust, le créancier du trust a sa créance garantie par l'intégralité du patrimoine du trustee, y compris son patrimoine personnel.

4.3.2 Québec

Le Québec connaît aussi un système juridique mixte, influencé par le droit français et par la *common law*. Le droit québécois a formellement introduit la fiducie dans son code civil en 1879, en s'inspirant du trust anglo-saxon. A l'origine, la fiducie avait un caractère familial et ne pouvait s'inscrire que dans le cadre d'une donation ou d'un testament, à l'instar d'un trust testamentaire. Le domaine d'application de la fiducie a été élargi lors du processus de recodification ayant abouti à l'adoption du code civil du Québec de 1991¹⁵⁰, pour lui donner une utilité comparable aux trusts des provinces voisines.

La fiducie est aujourd'hui régie par les articles 1260 et suivants du code civil. Selon la lettre de la loi, elle résulte «d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer». Elle peut être établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament

¹⁵⁰ Code civil du Québec (CCQ-1991), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

ainsi que, dans certains cas, par la loi ou par jugement. Il existe trois types de fiducie: la fiducie personnelle constituée à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une ou plusieurs personnes déterminées, la fiducie d'utilité privée ayant pour objet la conservation ou l'utilisation d'un bien corporel et la fiducie d'utilité sociale instituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. La durée de la fiducie personnelle est limitée à deux ordres de bénéficiaires successifs; la fiducie d'utilité privée ou sociale peut être perpétuelle. En droit québécois, le patrimoine fiduciaire constitue un *patrimoine d'affectation autonome*, distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. Le droit québécois se distancie ainsi de la *common law* en rompant le lien qui existe entre le patrimoine du trust et ses propriétaires, devant la *common law* (le *trustee*) et devant l'*equity* (le *bénéficiaire*). La fiducie québécoise est par ailleurs dénuée de personnalité propre, ce qui la différencie d'une société ou d'une fondation. Elle ne peut pas agir en justice ni s'engager vis-à-vis de tiers. Ce pouvoir appartient au fiduciaire qui agit à titre d'administrateur du bien d'autrui. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire: les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom, il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Le fiduciaire est soumis à la surveillance du constituant, ou de ses héritiers s'il est décédé, et des bénéficiaires. La fiducie d'utilité privée ou sociale est également soumise à la surveillance d'un organisme désigné par la loi auprès duquel le fiduciaire doit déposer une déclaration indiquant la nature et l'objet de la fiducie, sa durée, ainsi que les nom et adresse du fiduciaire.

4.3.3 Liechtenstein

Le Liechtenstein a introduit en 1926/1928 dans sa législation interne le trust et le business trust, sur le modèle de la *common law*, sous la forme de la *Treuhanderschaft* et de la *Treuunternehmen*.¹⁵¹ Cette réglementation n'a pas connu de modification notable depuis son introduction. A ce jour, le Liechtenstein reste le seul pays d'Europe continentale à avoir adopté une codification du trust, les autres ayant opté pour la fiducie.

L'art. 897 de la loi liechtensteinoise sur le droit des personnes et des sociétés (Personen- und Gesellschaftsrecht, PGR) décrit les rapports de trust (*Treuhandverhältnis*) de la manière suivante: le constituant (*Treuhänder*, *Trustee* ou *Salmann*) est une personne physique, une entreprise ou une personne morale qui transfère à une autre personne ou entreprise (*Treugeber*) des biens mobiliers ou immobiliers ou des droits, quels qu'ils soient (revêtant la forme d'un bien fiduciaire), avec l'obligation de les gérer ou de les utiliser en son propre nom en tant que sujet de droit autonome, en faveur d'un ou de plusieurs tiers (les bénéficiaires) et avec effet à l'encontre de tiers. Comme le trust anglo-saxon, la *Treuhanderschaft* est dénuée de la personnalité juridique. Il s'agit d'une relation juridique, en principe tripartite (constituant, trustee et bénéficiaire), créée par un acte unilatéral du constituant et dont les effets sont régis

¹⁵¹ Personen- und Gesellschaftsrecht du 20 janvier 1926, LGBI. 1926 n° 4, art. 897-932 et 932a.

par l'acte de trust. Le trust peut être constitué dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou dans un but déterminé: les *charitable* et *private purpose trusts* sont donc autorisés.

Le trustee est tenu d'administrer les biens du trust conformément aux dispositions de l'acte de trust et a l'obligation de les détenir séparément de son patrimoine personnel. Il doit dresser un inventaire des biens du trust et le mettre à jour chaque année. Les biens du trust ne tombent pas dans la faillite du trustee. Le droit du Liechtenstein prévoit également un droit de suite (*tracing*) sur les biens du trust. Aujourd'hui encore, près d'un siècle après son adoption, la qualification juridique des droits du trustee sur les biens du trusts reste controversée (tenant de la «*Vollrechtstheorie*» d'une part et du «*dinglichen Verwaltungsrechts*» – création d'un nouveau droit réel limité conférant au trustee un droit d'administration et de disposition, d'autre part).¹⁵² De toute évidence, les débats de doctrine sur la qualification juridique n'ont pas empêché la diffusion du trust liechtensteinois.

Toute personne, physique ou morale, peut être constituant ou trustee. Au moins un trustee doit être résident du Liechtenstein. Seuls les trustees professionnels doivent être au bénéfice d'une autorisation. En principe, le trust créé par un accord écrit n'est complètement constitué que quand le constituant a transféré les biens du trust au trustee. Le droit liechtensteinois ne fixe pas de durée maximale du *Treuhänderschaft*. Celui-ci prend fin, conformément aux dispositions de l'acte de trust, si les biens du trust sont épuisés, par décision du tribunal, ou encore par annulation ou révocation. Tout trust dont la durée dépasse 12 mois doit être enregistré auprès du registre du commerce, avec l'indication de son nom, de sa date de création, de sa durée, ainsi que du nom et de l'adresse des trustees. L'enregistrement n'a pas d'effet constitutif. L'inscription au registre du commerce n'est pas nécessaire si l'acte de trust est déposé auprès de l'office de la justice. Dans ce cas, les informations sur le trust ne sont pas accessibles au public. Les trusts inscrits au registre du commerce font l'objet d'une surveillance exercée par un tribunal. Cette surveillance ne s'applique toutefois pas aux trusts familiaux (*Familien-Treuhänderschaften*) et peut être exclue dans l'acte de trust. A la demande du constituant ou des bénéficiaires, le tribunal peut intervenir pour exercer certains pouvoirs (révocation et nomination des trustees, fixation de sa rémunération, protection des biens, demande de reddition de compte).

4.3.4 France

La fiducie a été introduite dans le code civil français par la loi no 2007-211 du 19 février 2007.¹⁵³ Elle est définie comme l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant

¹⁵² CINCELLI, *op. cit.*, n° 504.

¹⁵³ Ce texte a été modifié et complété par la loi no 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et par l'ordonnance no 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, ratifiées par la loi no 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit.

séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

La fiducie française est un contrat nommé soumis à certaines conditions de forme. Elle implique un transfert de propriété au fiduciaire, ce qui exclut que le constituant puisse se désigner lui-même comme fiduciaire. La fiducie n'a pas la personnalité juridique. Elle peut être établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse. La constitution de la fiducie est en principe soumise à la forme écrite. Un acte notarié est cependant exigé si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision. Le contrat de fiducie doit déterminer les biens, droits ou sûretés transférés, la durée du transfert (qui ne peut excéder 99 ans), l'identité du constituant, du fiduciaire et des bénéficiaires (ou à défaut les règles permettant leur désignation), ainsi que la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition. Le contrat de fiducie et ses avenants, ainsi que les bénéficiaires sont enregistrés dans un registre national des fiducies (registre non public).

Le fiduciaire acquiert la propriété des biens fiduciaires, mais à la différence du droit romain, ceux-ci constituent un patrimoine séparé de son patrimoine personnel. Les créanciers personnels du fiduciaire ne peuvent donc en principe exercer aucun droit sur le patrimoine fiduciaire.

Le droit français fixe un cadre très strict aux possibilités d'utilisation de la fiducie. En effet, le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. De plus, le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire faisant de plein droit retour à la succession. Toute utilisation de la fiducie à des fins de planification successorale est dès lors exclue. Par ailleurs, seuls certains établissements de crédits et d'assurance, ainsi que les avocats, peuvent exercer la fonction de fiduciaire.

D'autres ordres juridiques ont également opté pour une réglementation de la fiducie. C'est le cas notamment du Luxembourg (loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats de fiducie) et de l'Italie (loi n° 51 du 23 février 2006 qui a introduit dans le code civil italien l'article 2645 ter).

4.4 Droit de l'Union Européenne

Le droit de l'UE traite du trust dans les 4e¹⁵⁴ et 5e¹⁵⁵ directives sur la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. Ces directives exigent que les Etats membres mettent en place des registres centraux et publics des bénéficiaires effectifs des sociétés ainsi que des trusts et autres constructions juridiques semblables (fiducie, Treuhand, *fideicomiso*, etc.). Les Etats membres doivent également obliger les trustees des trusts administrés sur leur territoire à obtenir et à conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur les bénéficiaires effectifs. Contrairement aux règlements, les directives de l'UE ne sont pas d'application immédiate et doivent donc être transposées dans les ordres juridiques des Etats membres. Ces derniers

¹⁵⁴ Directive (UE) 2015/849, voir nbp 9.

¹⁵⁵ Directive (UE) 2018/843, voir nbp 12.

bénéficiaient d'un délai au 10 janvier 2020 pour mettre en place les registres des bénéficiaires effectifs des trusts. Plusieurs Etats membres n'ont pas mis en œuvre leurs obligations dans le délai ou ne l'ont fait qu'imparfaitement, notamment en ne rendant pas leurs registres complètement publics.¹⁵⁶ Par ailleurs, la qualité de l'information consignée dans les différents registres nationaux est encore très hétérogène.

En imposant à ses Etats membres l'inscription des trusts dans un registre public, la réglementation européenne va au-delà des standards internationaux actuels. Elle excède notamment ce qui est requis par le GAFI et le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignement à des fins fiscales. La création d'un registre public n'étant pas une condition à l'introduction du trust dans notre ordre juridique et vu les conséquences d'une telle mesure pour l'ensemble des sociétés et constructions juridiques présentes en Suisse, l'avant-projet renonce à suivre la réglementation européenne sur ce point. Cette question pourra être traitée dans le cadre des différents travaux qui touchent à la transparence des personnes morales et des constructions juridiques.

Il reste à ajouter que le règlement Bruxelles I bis¹⁵⁷ et la Convention de Lugano valent également pour les trusts. S'agissant de ces instruments, la Cour de justice de l'UE a retenu que l'action du bénéficiaire contre le trustee n'était pas une action réelle¹⁵⁸.

5 Présentation du projet

5.1 Réglementation proposée

5.1.1 Codification du trust dans le CO

5.1.1.1 Trust comme institution juridique *sui generis*

Le projet de loi prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique du droit suisse, située entre la fiducie et la fondation. Il ne s'agit donc pas de la reprise d'une institution étrangère, mais bien de son intégration dans le cadre juridique existant. Le trust suisse présente sur certains points des caractéristiques analogues à celles de la fiducie au sens du droit: distinction entre propriété légale et bénéfice économique, caractère obligationnel de la relation entre trustee et bénéficiaires, contenus des devoirs de diligence du trustee, etc. Les éléments relatifs à la constitution d'un patrimoine séparé, à l'indépendance du trust par rapport au constituant ou encore à la position des bénéficiaires, se rapprochent quant à eux de la fondation au sens du code civil. La réglementation est au demeurant complétée pour renforcer les droits des bénéficiaires, avec notamment l'introduction d'un droit étendu aux renseignements et

¹⁵⁶ En juin 2020, 23 de 27 Etats membres de l'UE disposaient d'un registre des bénéficiaires effectifs. Mais parmi eux, seuls 13 garantissaient un accès illimité au public.

¹⁵⁷ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351 du 20.12.2012), p. 1, dans sa version actuelle.

¹⁵⁸ Arrêt du 17.5.1995 dans l'affaire C-294/92, *George Lawrence Webb gegen Lawrence Desmond Webb* (ECLI:EU:C:1994:193). L'arrêt se réfère encore à la Convention de Bruxelles, dont les passages pertinents étaient identiques à ceux de la Convention de Lugano.

d'un droit de suite (*tracing*) sur les biens du trust, ainsi que par l'instauration d'une juridiction gracieuse.

A ce stade, il convient de souligner que l'avant-projet ne prévoit pas de modification ni de dérogation aux règles du code civil en matière de droits réels, celles-ci restant pleinement applicables. Le trustee détient l'entier des droits de propriété sur les biens du trust. Les bénéficiaires ne disposent que de droits personnels, renforcés par un privilège de faillite en cas d'exécution forcée contre le trustee et d'un droit de suite lorsque des biens en trust ont été aliénés en violation des obligations du trustee. La réglementation proposée ne présuppose donc pas un «démembrement» de la propriété ni ne prévoit de reprendre des conceptions propres à la tradition de *common law*, comme la distinction entre *legal ownership* et *equitable interest*.¹⁵⁹

Le trust suisse n'est ni un contrat, ni une entité juridique dotée de la jouissance ou de l'exercice des droits civils. *A fortiori*, il ne s'agit pas d'une personne morale. Le trust doit être considéré comme une institution juridique *sui generis* consistant en un rapport d'obligations durable liant le trustee aux bénéficiaires, ayant pour objet un patrimoine spécial affecté exclusivement aux intérêts des bénéficiaires, soumis le cas échéant à certains pouvoirs que le constituant s'est réservés ou qu'il a conférés à un protecteur (voir ch. 5.1.1.4). Le caractère obligationnel du trust suisse explique le choix de l'emplacement des règles qui lui sont consacrées dans le code des obligations. N'étant ni un contrat, ni une société, il est proposé de traiter du trust dans un nouveau titre 22bis, inséré dans la deuxième partie, immédiatement avant le titre sur la société simple.

5.1.1.2 Trust au sens de la CLHT, dans l'intérêt de bénéficiaires

Le trust tel que proposé présente les caractéristiques essentielles du trust de droit anglo-saxon et répond à la définition de la CLHT (voir ch. 1.1.2 ci-dessus). Il devrait donc également pouvoir bénéficier d'une pleine reconnaissance à l'étranger. Selon la définition donnée à l'art. 529a, al. 1, AP-CO, le trust a pour objet l'affectation par un ou plusieurs constituants de biens à un patrimoine séparé détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires. Selon cette disposition, le trust doit être créé par un ou plusieurs constituants. L'avant-projet ne prévoit donc pas de trusts qui seraient constitués de par la loi ou par une décision judiciaire (*resulting trusts*, *constructive trusts* ou *statutory trust*). Il doit être créé dans l'intérêt de bénéficiaires. La constitution de purs *purpose trusts* n'est par conséquent pas autorisée. Cela signifie que le trust ne se présente pas comme une construction juridique alternative à la fondation pour les organisations d'utilité publique. Dans ce domaine, la fondation semble répondre aux besoins des différents acteurs et l'introduction d'une construction juridique concurrente ne paraît pas souhaitable, du moins pas pour le moment. Par ailleurs, l'interdiction des *purpose trusts* n'exclut pas qu'un trust puisse poursuivre un but d'utilité publique. En effet, une organisation d'utilité publique (école, ONG, Eglise, club sportif, etc.) peut être désignée comme bénéficiaire d'un

¹⁵⁹ THÉVENOZ, Proposition pour un trust suisse, RSDA 2/2018.

trust. Dans ce cas, le trust devrait également pouvoir prétendre poursuivre un but d'utilité publique.

Pour le reste, l'avant-projet ne prévoit aucune limitation relative au but du trust. Un trust peut donc être utilisé aussi bien dans un contexte familial que professionnel. Sous réserve de ce qui a été dit plus tôt sur les *purpose trusts*, il devrait pouvoir remplir toutes les fonctions traditionnellement dévolues aux (*express*) trusts dans les pays anglo-saxons (planification patrimoniale, sûreté, détention d'actifs, etc.). L'avant-projet ne prévoit pas non plus de restrictions quant aux activités pouvant être exercées par le trustee. Pour autant que les règles relatives à la désignation des bénéficiaires soient respectées, la constitution de trusts de type *commercial trusts*, créés dans le cadre d'activités économiques ou commerciales, est donc envisageable. Dès lors, il n'est pas exclu que le trust puisse même constituer une construction juridique alternative à l'entreprise individuelle ou aux sociétés commerciales (SA, Sàrl, société coopératives, etc.).

5.1.1.3 Durée limitée et révocabilité du trust

Le trust ne peut être constitué que pour une durée limitée, qui ne peut pas excéder 100 ans (art. 529^u AP-CO). La durée de 100 ans s'inspire de celle prévue en droits réels pour la durée maximale du droit de superficie (art. 779^l, al. 1, CC) ou encore pour l'usufruit (art. 749 CC). Son ordre de grandeur est au demeurant conforme à la réglementation des pays qui connaissent la *rule against perpetuities* (par exemple 125 ans pour le trust anglais, ou 99 ans pour la fiducie française). En principe, le trust prend fin à l'échéance de la durée prévue dans l'acte de trust ou lorsqu'il n'existe plus de bénéficiaires. Le constituant peut cependant se réserver un droit de révocation qui lui permet de mettre fin au trust et de récupérer la pleine propriété du patrimoine du trust. Le droit de révocation prend fin au décès du constituant. Lorsque le constituant disparaît, le trust devient irrévocable. L'avant-projet prévoit par ailleurs la possibilité d'une dissolution anticipée du trust avec l'accord unanime des bénéficiaires. A la fin du trust, les biens restant après le paiement des dettes sont distribués conformément aux dispositions de l'acte de trust.

5.1.1.4 Constitution du trust par acte unilatéral du constituant (acte de trust) et transfert des biens

Toute personne, physique ou morale, peut constituer un trust, pour autant qu'elle ait l'exercice des droits civils. Le trust est constitué par un acte unilatéral du constituant, qui doit être passé par écrit de son vivant, ou par disposition pour cause de mort (art. 529^a, al. 2, AP-CO). L'avant-projet autorise ainsi la création d'un trust successoral, de façon analogue à ce qui existe déjà en droit des fondations (art. 81, al. 1, et 493 CC). L'acte unilatéral du constituant, par lequel il manifeste sa volonté de constituer un trust et de lui affecter certains biens de son patrimoine personnel, est appelé «*acte de trust*». L'acte de trust doit contenir des clauses qui désignent le trustee et les bénéficiaires et fixent les règles relatives à l'administration du trust (art. 529^b, al. 1, AP-CO).

Une fois le trust créé, le constituant disparaît en principe de la vie du trust. Il reste étranger aux relations juridiques qui naissent entre le trustee et les bénéficiaires. Toutefois, le constituant peut se désigner comme trustee ou comme bénéficiaire du trust. Si le constituant est désigné trustee, il ne peut pas être le seul bénéficiaire (art. 529c, al. 2, AP-CO). Par ailleurs, le constituant peut se réserver certains droits au moment de la constitution qui lui permettent de maintenir un contrôle plus ou moins étendu sur le trust. Il peut notamment se réserver le droit de révoquer le trust ou de modifier les dispositions de l'acte de trust après sa constitution (art. 529e et 529t AP-CO). L'avant-projet ne fixe pas de limite à l'étendue du pouvoir de modification du constituant. Il peut porter sur tous les types de clauses, notamment celles relatives aux bénéficiaires, à la loi applicable, au for ou à la compétence d'un tribunal arbitral. Une modification n'est cependant possible qu'en la forme écrite (art. 529t, al. 2, AP-CO). Pour finir, le constituant peut conserver un pouvoir de contrôle sur le trustee, en s'octroyant le pouvoir de consentir à certains de ses actes, de lui demander de rendre compte de sa gestion, voire de le remplacer. Selon les pouvoirs que le trustee s'est réservé, le trust sera qualifié de révocable ou d'irrévocable. L'avant-projet autorise en outre le constituant à octroyer tout ou partie de ses prérogatives à un protecteur (*protector*), à qui il confie la tâche de contrôler les activités du trustee et de s'assurer du respect de l'acte de trust (art. 529f AP-CO). Le protecteur peut notamment se voir conférer le pouvoir de consentir à certains actes du trustee, de lui demander de rendre compte de sa gestion, ainsi que de le remplacer ou de lui désigner un successeur.

En principe, la constitution du trust requiert, outre la déclaration unilatérale du constituant, le transfert au trustee de la propriété des biens (art. 529b, al. 5, AP-CO). Ce transfert se fait selon les modalités propres à chacun des biens transférés (art. 714 CC pour la propriété mobilière, art. 656 CC pour immeubles, art. 165 CO pour les créances, etc.). Une exception à ce principe est prévue lorsque le constituant se désigne lui-même trustee de biens dont il est déjà propriétaire. Le transfert des biens est alors remplacé par une déclaration écrite du constituant. Dans le cas d'un trust successoral également, le trust n'est valablement constitué qu'avec le transfert des biens au trustee. L'affectation des biens au trust, et donc le transfert de la propriété au trustee, doit être ordonnée dans le cadre de la succession du constituant, au moyen d'une institution d'héritier du trustee ou d'un legs.

5.1.1.5 Devoirs et droits du trustee

Absence d'exigences liées à la personne du trustee

Toute personne physique ou morale peut être désignée en qualité de trustee. Aucune exigence particulière n'est requise. Si la fonction de trustee est en règle générale exercée par un professionnel assujéti au régime d'autorisation et de surveillance de la LEFin (voir ch. 1.1.4.3), elle peut aussi l'être par une personne sans qualifications professionnelles ni statut réglementaire, par exemple lorsque le trust est utilisé dans un contexte familial. Un constituant ou un bénéficiaire peut également être trustee, mais le trustee ne peut pas être seul bénéficiaire (voir art. 529c, al. 2, AP-CO).

Propriété et obligations sur le patrimoine du trust

Le trustee acquiert la propriété des biens du trust qu'il détient dans un patrimoine distinct de son patrimoine personnel. A l'instar d'un fiduciaire vis-à-vis du fiduciant, il est restreint dans l'exercice de ses droits de propriétaire par les devoirs qui lui incombent vis-à-vis des bénéficiaires. Il est tenu d'administrer et de disposer des biens du trust dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires, selon les règles fixées dans l'acte de trust (art. 529a et 529g, al. 1, AP-CO). Le bénéfice économique des biens du trust n'appartient pas au trustee, mais aux bénéficiaires. Le trustee répond en son nom des engagements en rapport avec le trust. Il n'agit pas en tant que représentant, ni en tant qu'organe du trust. Les contrats concernant les biens du trust sont conclus par le trustee, en cette qualité, et il a qualité pour agir et pour défendre dans toutes les procédures concernant le trust. Par ailleurs, l'avant-projet institue une responsabilité personnelle du trustee pour toutes les obligations encourues en qualité de trustee (art. 529g al. 3, AP-CO). Celui-ci répond donc sur son patrimoine personnel des dettes grevant le patrimoine du trust. Le trustee qui s'est acquitté d'une dette du trust peut cependant se rembourser par un prélèvement sur les biens du trust (art. 529o, al. 1, ch. 1, AP-CO). Lorsqu'il y a plusieurs trustees, ceux-ci répondent solidairement des dettes du trust (art. 529g, al. 5, ch. 3, AP-CO).

Un devoir essentiel du trustee est de tenir les biens du trust séparés de son patrimoine personnel (art. 529a, al. 1, et 529h, al. 3, ch. 4, AP-CO). Il est au demeurant soumis à différentes obligations visant à garantir la ségrégation des deux patrimoines. Ainsi, le trustee doit établir un inventaire à la constitution du trust, tenir une comptabilité simplifiée du patrimoine du trust et veiller à ce que les biens du trust inscrits dans un registre public (registre foncier notamment) fassent l'objet d'une mention idoine (art. 529h, al. 2, ch. 2 et 3, et 529m AP-CO).

Diligence, loyauté et équité

Le trustee doit faire preuve de diligence et de loyauté dans l'exercice de ses fonctions (art. 529h AP-CO). A cet égard, ses obligations sont sensiblement les mêmes que celles d'un mandataire. Le trustee doit agir en toute indépendance à l'égard du constituant et éviter tout conflit d'intérêts. Il doit tenir compte équitablement des intérêts des différents bénéficiaires et agir avec impartialité.

Obligation de rendre compte

Le trustee est également tenu de rendre compte de sa gestion aux bénéficiaires et il doit restituer au patrimoine du trust les biens et avantages acquis dans l'exécution de sa fonction (art. 529i et 529p AP-CO).

Responsabilité

L'avant-projet instaure une responsabilité du trustee fondée sur les règles de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO). Lorsque le trustee manque à ses obligations et cause ainsi un dommage au patrimoine du trust ou aux bénéficiaires, sa responsabilité personnelle est engagée et il est tenu de le réparer (art. 529k, al. 1, AP-CO).

Rémunération et indemnisation

En contrepartie de ses obligations, l'avant-projet reconnaît au trustee des droits analogues à ceux du mandataire. Il peut prétendre au versement d'une indemnisation appropriée, au remboursement des frais encourus et à la libération des obligations contractées dans l'exécution régulière de sa fonction, ainsi qu'à l'indemnisation du dommage subi sans sa faute (art. 529o, al. 1, AP-CO). Le trustee dispose d'un droit de rétention ou de compensation qui lui permet de prélever sur le patrimoine du trust les montants nécessaires à son indemnisation (art. 529o, al. 2, AP-CO).

5.1.1.6 Droits des bénéficiaires

Droits et expectatives des bénéficiaires relatifs à une prestation du trust - trust fixe et trust discrétionnaire

Les droits des bénéficiaires sur le patrimoine du trust sont précisés dans l'acte de trust. Les bénéficiaires peuvent être titulaires d'un droit fixe à l'octroi d'une prestation ou ne se voir reconnaître qu'une simple expectative soumise à la discrétion du trustee (art. 529d AP-CO). Dans le premier cas, on est en présence d'un trust fixe (*fixed interest trust*), dans le second d'un trust discrétionnaire (*discretionary trust*). Seuls les bénéficiaires d'un trust fixe disposent d'une créance qu'ils peuvent faire valoir en justice. En tout temps, les bénéficiaires peuvent, par une déclaration écrite, renoncer aux avantages procurés par le trust (art. 529d, al. 4, AP-CO).

Désignation des bénéficiaires

Le trust doit être créé dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires qui doivent être des personnes physiques ou morales. Les bénéficiaires doivent être désignés par le constituant et faire l'objet d'une clause dans l'acte de trust (art. 529b, al. 1, et 529c AP-CO). Comme déjà souligné, la constitution de trust sans bénéficiaire (*purpose trust*) n'est pas prévue dans l'avant-projet, lequel confère néanmoins une certaine souplesse pour la désignation des bénéficiaires. Ceux-ci ne doivent pas nécessairement être désignés nommément dans l'acte de trust. Il suffit que ses clauses contiennent les critères qui permettent d'établir la qualité de bénéficiaire au moment de la distribution d'une prestation (art. 529c, al. 1, AP-CO). Par ailleurs, le constituant peut se réserver le droit de modifier les clauses relatives aux bénéficiaires, notamment d'en ajouter de nouveaux ou d'en supprimer (art. 529t AP-CO). Il peut conférer le même pouvoir au trustee ou à un protecteur. Pour finir, dans le cas des trusts discrétionnaires, même si le trustee n'a pas le pouvoir de modifier le cercle des bénéficiaires, il est libre de décider à qui il versera une prestation, en se conformant le cas échéant aux souhaits formulés par le constituant dans un document séparé (*letter of wishes*).

Droit à l'information et contrôle du trustee

Outre le droit à la prestation prévue dans l'acte de trust, les bénéficiaires disposent de certains pouvoirs de contrôle et de surveillance sur le trustee. L'avant-projet leur reconnaît notamment un droit à l'information qui leur permet d'exercer un contrôle similaire au mandant. Ils peuvent notamment demander au trustee des renseignements sur l'état du patrimoine et la gestion du trust (art. 529i AP-CO). En cas de violation

par le trustee de ses obligations, les bénéficiaires ont le droit de demander sa révocation (art. 529s, al. 2, AP-CO). Ils peuvent également demander la réparation du dommage causé au patrimoine du trust ainsi que de celui qu'ils auraient directement subi du fait d'un manquement du trustee à ses obligations (art. 529k, al. 2, AP-CO). Les bénéficiaires peuvent aussi agir en justice pour faire valoir leurs droits ou demander le respect des dispositions de l'acte de trust. Ils peuvent notamment demander l'intervention du tribunal dans le cadre des procédures gracieuses prévues par l'avant-projet (voir ci-dessous ch. 5.1.1.9 et art. 529v, AP-CO).

5.1.1.7 Patrimoine du trust détenu de manière séparée par le trustee

Composition

Le patrimoine du trust est constitué des biens affectés au trust, au moment de sa constitution ou ultérieurement, par le constituant ou par un tiers. Il peut être composé de toutes choses, créances, droits et valeurs patrimoniales. Les dettes qui grèvent les biens du trust, notamment celles liées aux obligations régulièrement contractées par le trustee dans le cadre de ses fonctions, sont aussi rattachées au patrimoine du trust (art. 529n AP-CO). Il comprend également les revenus des biens du trust ainsi que ceux acquis en remplacement (art. 529l, al. 1, AP-CO).

Ségrégation

Le trust permet la création d'un patrimoine distinct, détenu et administré par le trustee séparément de son patrimoine personnel. Comme déjà dit, le patrimoine du trust est dénué de personnalité juridique, ce qui le distingue de la fondation (voir ch. 1.1.6.1). Etant séparés du patrimoine personnel du trustee, les biens du trust n'entrent pas dans son régime matrimonial, ni dans la succession (art. 529n, al. 1, AP-CO). Au surplus, ils sont soustraits à la mainmise des créanciers du trustee, et peuvent être distraits de la masse en cas de faillite de ce dernier, conformément à la règle déjà en vigueur pour les trusts étrangers (art. 284b LP). Ils ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de trust (par exemple les prestations aux bénéficiaires) et de celles encourues dans l'exécution régulière du trust (art. 529n, al. 2, AP-CO).

Transfert en cas de changement de trustee

Lorsqu'un trustee quitte ses fonctions, il doit transférer à son successeur la propriété des biens du trust ainsi que les dettes et les créances. Un tel transfert n'est pas nécessaire lorsqu'il existe plusieurs trustees, les co-trustees ayant la propriété commune des biens du trust (art. 529g, al. 5, ch. 1, AP-CO). En principe, le transfert du patrimoine du trust entre l'ancien trustee et son successeur nécessite un contrat écrit et doit respecter les modalités applicables à l'actif concerné (par exemple, un acte de cession en la forme authentique et une inscription au registre foncier pour un immeuble). L'avant-projet prévoit cependant un cas de succession universelle lorsqu'il n'y a qu'un seul trustee et qu'il décède. Au jour de son décès, le patrimoine du trust est alors transféré de plein droit au nouveau trustee. Par ailleurs, l'avant-projet permet que le patrimoine du trust fasse l'objet d'une cession de patrimoine selon les règles de l'art.

181 CO. L'application des règles de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus)¹⁶⁰ est expressément exclue.

Mesures en cas de menace d'insolvabilité et de surendettement

Afin de garantir la protection des intérêts du créancier du trust, l'avant-projet prévoit une application par analogie au trust des règles du droit des sociétés sur la menace d'insolvabilité et de surendettement (art. 529^r AP-CO; art. 725 et 725^b CO). L'application de ces règles, qui correspond au demeurant à ce qui existe en droit des fondations (art 84^a CC), est justifiée notamment par le fait que le trust peut être utilisé dans un contexte commercial.

5.1.1.8 Droit de suite sur les biens du trust

Le trustee, à l'instar du fiduciaire au sens du droit suisse, a un plein pouvoir de disposition sur les biens du trust, de sorte que lorsqu'il les aliène en violation de ses obligations, leur propriété passe aux mains de l'acquéreur. Pour protéger l'intérêt des bénéficiaires, l'avant-projet leur confère un droit personnel à la restitution des biens du trust aliénés par le trustee en violation de la loi ou des dispositions de l'acte de trust (art. 529^q AP-CO). Ce droit, appelé droit de suite (*tracing*), appartient également aux autres trustees, ainsi qu'au protecteur ou au constituant lorsque l'acte de trust le prévoit. Il tend à la restitution du bien aliéné et à sa réintégration dans le patrimoine du trust. Le droit de suite ne peut cependant pas être exercé contre un acquéreur de bonne foi et à titre onéreux. L'acquéreur de bonne foi est ainsi protégé, sauf lorsqu'il a reçu le bien gratuitement. L'obligation de restitution de l'acquéreur est régie par les règles sur l'enrichissement illégitime, de manière analogue à ce que prévoit la réglementation sur les titres intermédiés (voir art. 29, al. 2, de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés [LTI]¹⁶¹). Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres ordres juridiques, les biens du trust aliénés irrégulièrement ne forment pas un nouveau patrimoine distinct dans le patrimoine de l'acquéreur tenu à restitution et ne sont donc pas soustraits à la mainmise des créanciers de celui-ci.

5.1.1.9 Intervention du tribunal

L'avant-projet prévoit la possibilité de demander l'intervention d'un tribunal pour trancher certaines questions (art. 529^v AP-CO). Ces interventions relèvent de la juridiction gracieuse et sont donc soumises à la procédure sommaire au sens du code de procédure civile du 19 décembre 2009 (CPC)¹⁶² (art. 39^a, et 250, let. b, ch. 13, AP-CPC). Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée des droits et des obligations du constituant, du trustee ou du protecteur, chacun d'entre eux peut au tribunal de vérifier la conformité de l'acte envisagé avec l'acte de trust et la loi. Les bénéficiaires, le trustee, le protecteur et le constituant sont alors liés par les décisions du tribunal (art.

¹⁶⁰ RS 221.301

¹⁶¹ RS 957.1

¹⁶² RS 272

529v, al. 3, AP-CO). Par ailleurs les bénéficiaires, le trustee, le protecteur et le constituant qui s'en est réservé le droit dans l'acte de trust peuvent demander au tribunal de modifier les dispositions de l'acte de trust ou de prononcer sa dissolution (art. 529v, al. 3, AP-CO).

5.1.1.10 Arbitrage

L'avant-projet prévoit la possibilité de soumettre les litiges relevant du droit des trusts à un tribunal arbitral (art. 529w AP-CO). Lorsque l'acte de trust le prévoit, la clause d'arbitrage est également valable pour les interventions du tribunal dans les affaires gracieuses (art. 529v AP-CO).

5.1.2 Mise en œuvre des prescriptions internationales en matière de transparence

Le critère 25.1(a) de la recommandation 25 du GAFI (voir en détail ch. 3.1.1 ci-dessus) s'applique déjà à tous les trustees qui y sont soumis en vertu de la législation actuelle sur les marchés financiers, mais devrait également s'appliquer aux autres trustees. L'art. 529j de l'avant-projet vise à mettre en œuvre cette recommandation en obligeant les trustees qui ne sont pas soumis à la législation sur les marchés financiers à déterminer les bénéficiaires effectifs du trust et à détenir les informations correspondantes dans le cadre du droit des trusts. Cela évite – contrairement à d'autres pays – que tous les trustees soient soumis à la législation sur les marchés financiers, soit en étant soumis à une surveillance, soit en devant agir par l'intermédiaire d'un professionnel soumis à la LBA. En outre, l'art. 529j AP-CO met en œuvre le critère 25.1 (b) en droit suisse. Avec la proposition d'adaptation de l'art. 327a AP-CP (voir les explications ci-dessous), selon lequel la violation de ces obligations de transparence dans le cadre du droit des trusts est punie d'une amende, les dispositions pour la mise en œuvre des recommandations du GAFI sont complétées par les sanctions nécessaires. Il faut par ailleurs tenir compte du fait qu'en cas d'évolution des standards internationaux, la proposition devra être adaptée pour répondre aux nouvelles exigences (voir ch. 3.3 et 3.4).

5.1.3 Adaptation du cadre légal existant sur les trusts

Lors de l'entrée en vigueur de la CLHT, des adaptations légales ont été apportées dans différents domaines du droit pour permettre une application aux trusts étrangers (voir ch. 1.1.4). D'une manière générale, l'application de ces règles au trust suisse tel que proposé dans l'avant-projet est parfaitement appropriée. Au niveau du droit des successions et du droit matrimonial notamment, les règles en vigueur (ainsi que les modifications décidées dans la récente révision du droit successoral)¹⁶³ garantissent

¹⁶³ Modification du 18 décembre 2020 du code civil suisse (droit des successions). Cette modification entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (RO 2021 312).

de façon satisfaisante la protection des intérêts des héritiers, respectivement du conjoint ou du partenaire enregistré. Il en va de même des règles du droit des poursuites et faillites et de celles du droit international privé. L'avant-projet propose néanmoins certaines adaptations pour tenir compte de l'introduction du trust dans notre ordre juridique et garantir une certaine cohérence. Ces adaptations sont les suivantes:

Droit des successions

L'avant-projet propose de préciser que, dans le cadre de la succession, la quotité disponible peut être consacrée, en totalité ou en partie, à la constitution d'un trust (art. 493, AP-CC), de manière équivalente à ce que le droit en vigueur prévoit pour les fondations. Par ailleurs, il précise à quelles conditions les bénéficiaires, respectivement le trustee, peuvent être tenus à restitution pour les libéralités faites par affectation un trust (art. 528, al. 3, AP-CC). En outre, les libéralités entre vifs faites par affectation à un trust sont réunies aux acquêts (art. 208 CC) dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial si elles sont le fait d'un époux, et sujettes à réduction dans le cadre de la succession (art. 527 CC). Cela résulte également de la réserve de l'art. 529b, al. 6, AP-CO.

Droits réels

L'avant-projet propose d'inscrire dans le code civil la règle qui figure actuellement à l'art. 149d LDIP, qui permet la mention au registre foncier du lien d'un immeuble avec un trust, et en précise les effets pour les tiers (art. 962b AP-CC).

Procédure civile

Le code de procédure civile doit être adapté pour fixer les règles de for dans les affaires relevant du droit des trusts. L'avant-projet propose qu'en l'absence d'élection de for valable, l'affaire puisse être portée devant le tribunal du domicile ou du siège du défendeur (for ordinaire) ou d'un trustee (art. 39a AP-CPC). Il prévoit également d'ajouter les affaires non contentieuses relevant du droit des trusts à la liste des affaires soumises à la procédure sommaire (art. 250, let. b, ch. 10 à 13 AP-CPC).

Droit des poursuites

Le for de la poursuite au siège du trust est remplacé par le for au domicile du trustee (art. 284a AP-LP), de manière à ce qu'il corresponde à la règle de for proposée dans le CPC (art. 39a AP-CPC).

Droit international privé

Les adaptations proposées visent à préciser les règles applicables à l'élection de for dans les litiges en matière de trust et à ajouter l'application du droit suisse au trust dans la liste des cas où un tribunal élu ne peut décliner sa compétence (art. 5, al. 3, let. c et 149b, al. 2, let. c, AP-LDIP).

Code pénal

Afin de garantir une mise en œuvre effective du dispositif légal et de répondre aux exigences du GAFI, l'art. 327a CP, qui punit d'une amende la violation des règles de

transparence du droit des sociétés, est étendu aux manquements aux devoirs d'identification et de documentation du trustee (art. 529j AP-CO).

Loi fédérale sur les établissements financiers

Au niveau de la réglementation financière, une seule adaptation terminologique est proposée (art. 17, al. 2, AP-LEFin). Pour le reste, le cadre réglementaire actuellement applicable aux trusts étrangers est satisfaisant. Il garantit notamment un degré de supervision et de transparence suffisant, de sorte que l'introduction d'un trust suisse ne nécessite pas d'adaptations.

5.1.4 Modification du régime fiscal

5.1.4.1 Nécessité d'agir

Avec l'introduction d'un trust suisse, la question se pose de savoir s'il convient de poursuivre la pratique actuelle et de l'appliquer aussi aux trusts de droit suisse. L'introduction d'un trust suisse impose également de réexaminer le contexte fiscal général. Le groupe de travail entre la Confédération, les cantons et les milieux scientifiques n'a pas pu dégager de position commune concernant la nécessité d'agir pour modifier le droit fiscal. Alors que les représentants de la doctrine ont jugé partiellement anticonstitutionnelle la pratique actuelle (qui s'applique déjà aux trusts étrangers), les représentants des cantons, notamment, ont plaidé pour la conserver et souhaitent l'appliquer dorénavant aussi aux trusts suisses. Dans le cadre d'une séance commune entre le groupe d'experts de l'OFJ et le groupe de travail Impôts, les deux représentants des branches se sont également déclarés favorables au maintien de la pratique en vigueur.

Diverses raisons justifient une intervention pour réglementer les trusts par la législation fiscale:

- La pratique actuelle s'appuie largement sur une circulaire de la Conférence suisse des impôts. Celle-ci est critiquée par une partie de la doctrine comme étant anticonstitutionnelle et nul ne sait comment le Tribunal fédéral interpréterait la législation fiscale. L'introduction du trust dans le droit civil suisse accroît la nécessité de régler au niveau de la loi les rapports de trusts en droit fiscal également.
- La circulaire actuelle de la Conférence suisse des impôts ne contient aucune réglementation exhaustive concernant l'*irrevocable discretionary trust*, ce qui peut aboutir dans la pratique à un traitement différent de situations comparables entre les cantons, même dans le domaine de l'impôt fédéral direct, et entraîner des lacunes fiscales.
- La constitution d'un *irrevocable discretionary 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.

La présente proposition de réglementation fiscale légale conserve l'imputation des revenus du trust au constituant, usuelle dans la pratique actuelle, dans la mesure où il

s'agit d'un *revocable trust*, ainsi que l'imputation aux bénéficiaires détenant des prétentions juridiques dans le cas des trusts irrévocables (*irrevocable fixed interest trusts*).¹⁶⁴ Ces dispositions sont conformes au principe de l'imposition selon la capacité contributive économique et leur codification satisfait au principe de légalité.

Vue d'ensemble des conséquences fiscales pour les revocable trusts et les irrevocable fixed interest trusts

<i>Revocable trust</i>	<i>Irrevocable fixed interest trust</i>
<i>Constitution du trust</i>	
Pas de conséquences fiscales, puisque les valeurs patrimoniales continuent à être attribuées au constituant.	Impôts sur les successions ou sur les donations en fonction des droits cantonaux.
<i>Revenus courants et patrimoine du trust</i>	
Impôts sur le revenu et sur la fortune dans le chef du constituant; les gains en capital sont exonérés d'impôts.	Impôts sur le revenu et sur la fortune dans le chef des bénéficiaires; les gains en capital sont exonérés d'impôts.
<i>Prestations du trust</i>	
Au constituant: pas de conséquences fiscales aux bénéficiaires: impôts sur les successions ou sur les donations	Pas de conséquences fiscales puisque les revenus courants et le patrimoine ont déjà été soumis à l'impôt dans le chef des bénéficiaires

5.1.4.2 Description des options

En ce qui concerne l'*irrevocable discretionary trust*, le groupe de travail entre la Confédération, les cantons et les milieux scientifiques a examiné diverses options de réglementation fiscale.

Option 1

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au trust qui est traité comme un sujet fiscal autonome, à l'instar d'une fondation. La condition préalable à l'imposition

¹⁶⁴ Pour des raisons de simplicité, les tableaux 1 à 3 partent de l'idée que les personnes participant au rapport de trust sont des personnes physiques (désignées par simplification en tant que «trusts familiaux», puisque dans la majorité des cas actuels, les bénéficiaires sont des membres de la famille). S'il s'agissait de personnes morales, l'impôt sur le bénéfice remplacerait l'impôt sur le revenu et l'impôt sur le capital remplacerait l'impôt sur la fortune. Par ailleurs, il est pris pour hypothèse que tous les participants sont domiciliés en Suisse. Si le constituant est domicilié à l'étranger, la constitution du trust ne peut avoir aucune conséquence en Suisse sur le plan des impôts sur les successions et sur les donations. Si le bénéficiaire est domicilié à l'étranger, il n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu ou sur la fortune en Suisse.

est qu'au moins un des bénéficiaires soit domicilié en Suisse. L'assujettissement fiscal ne s'étend pas aux parts des bénéficiaires résidents à l'étranger. Si le trust est domicilié à l'étranger en vertu de la convention contre les doubles impositions applicable, la Suisse ne peut pas faire accepter l'imposition du trust. Dans de tels cas, les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au constituant (règle subsidiaire). Afin de faire respecter l'obligation fiscale en Suisse vis-à-vis des trusts administrés à l'étranger avec des bénéficiaires en Suisse, une responsabilité solidaire du constituant et des bénéficiaires en Suisse pour l'impôt du trust est également prévue (responsabilité solidaire).

Option 2

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au trustee. L'imputation se fait séparément des autres revenus et valeurs patrimoniales du trustee (patrimoine distinct), aux barèmes ordinaires de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur la fortune. La condition préalable à l'imposition est qu'au moins un des bénéficiaires soit domicilié en Suisse. L'assujettissement fiscal ne s'étend pas aux parts des bénéficiaires résidents à l'étranger. Si le trustee est domicilié à l'étranger, la Suisse ne peut régulièrement pas faire accepter l'imposition du trustee. Dans de tels cas, les revenus et le patrimoine des trusts sont imputés au constituant (règle subsidiaire).

Option 3

Les revenus et les valeurs patrimoniales du trust ne sont imputés à personne parce que:

- le constituant s'est déjà définitivement dessaisi de sa fortune, et que
- les bénéficiaires n'ont acquis que des expectatives et n'ont donc pas acquis de droits.

Entre le moment de la constitution du trust et celui du versement des prestations, les revenus courants et le patrimoine du trust ne sont donc pas imposés, à l'exception des revenus du trust tirés d'entreprises, d'établissements stables et d'immeubles en Suisse, qui sont imputés au trustee et imposés dans son chef.

Option 4

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au constituant. Si celui-ci décède ou déplace son domicile à l'étranger, il n'existe, comme dans l'option 3, aucune imputation des revenus et du patrimoine du trust entre le moment du décès ou du déplacement du domicile à l'étranger et celui du versement de prestations, à l'exception des revenus du trust tirés d'entreprises, d'établissements stables et d'immeubles en Suisse, qui sont imputés au trustee et imposés dans son chef.

Option 5

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au constituant. Si celui-ci décède ou déplace son domicile à l'étranger, les revenus et le patrimoine du trust sont imputés aux bénéficiaires. Si les bénéficiaires ne peuvent pas être identifiés, il n'existe, comme dans l'option 3, aucune imputation des revenus et de la fortune du trust, à l'exception cependant des revenus du trust tirés d'entreprises, d'établissements stables et d'immeubles en Suisse, qui sont imputés au trustee et sont imposés dans son chef.

Option 6

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés aux bénéficiaires. Si ces derniers ne peuvent pas être identifiés, les revenus et le patrimoine sont imputés au constituant. Si le constituant est décédé et qu'aucun bénéficiaire ne peut être identifié, il n'existe pas d'imputation des revenus et du patrimoine du trust entre le moment de la mort du constituant et le versement de prestations, comme dans l'option 3, à l'exception cependant des revenus du trust tirés d'entreprises, d'établissements stables et d'immeubles en Suisse, qui sont imputés au trustee et sont imposés dans son chef.

Option 7

Les revenus et le patrimoine du trust sont imputés au constituant dans la mesure où celui-ci était domicilié en Suisse lors de la constitution. Pour les trusts constitués à l'étranger (*pre-immigration*) et après le décès du constituant, aucune imputation n'est effectuée, c'est-à-dire que jusqu'au moment où des prestations sont versées, il n'existe aucune imposition des revenus et du patrimoine du trust, à l'exception cependant des revenus du trust tirés d'entreprises, d'établissements stables et d'immeubles en Suisse, qui sont imputés au trustee et imposés dans son chef.

En ce qui concerne l'imposition des **prestations** découlant des **valeurs patrimoniales, des valeurs matérielles et des créances consacrées au trust par le constituant**, il existe en outre deux variantes possibles pour chaque option, en ce qui concerne les conséquences fiscales:

- **La variante A** part de l'hypothèse que la distribution ultérieure ne doit pas être traitée comme une donation, mais comme un revenu.¹⁶⁵ Le Tribunal fédéral considère qu'il y a donation au sens fiscal lorsque la prestation du donateur est fournie au donataire à titre gratuit et avec l'intention de donner. La dévolution du patrimoine doit donc se faire sans contrepartie de la part du donataire. Puisque, en créant l'*irrevocable discretionary trust*, le constituant se dessaisit définitivement de sa fortune, aucune donation du constituant n'est présumée dans cette variante. Le trustee, de son côté, fournit les prestations aux bénéficiaires en vertu de son engagement par l'acte constitutif et ne le fait donc pas de manière volontaire, si bien qu'il n'y a pas là, non plus, de donation au sens décrit plus haut. Par conséquent, les prestations aux bénéficiaires sont fondamentalement soumises à l'impôt sur le revenu en vertu de l'art. 16, al. 1, LIFD et des art. 7 ss LHID.
- En revanche, la **variante B** considère qu'une distribution ultérieure des apports en capital constitue une donation indirecte, parce que le constituant effectue en quelque sorte l'apport au trust en l'assortissant de la «condition» que cet apport doit être utilisé ou transféré aux bénéficiaires de manière conforme au but, et que cet apport a déjà été traité fiscalement comme une donation au moment de la constitution. Par conséquent, les prestations aux bénéficiaires ne sont pas soumises à l'impôt sur le revenu (art. 24, let. a, LIFD et art. 7, al. 4, let. c, LHID).

¹⁶⁵ Arrêt du TF 2A.668/2004 du 22 avril 2005, consid. 3.3 sur le traitement fiscal des prestations des fondations.

5.1.4.3 Conséquences fiscales des options

Les conséquences fiscales varient considérablement selon l'option qui a été retenue pour la réglementation légale des *irrevocable discretionary trusts*.

Vue d'ensemble des conséquences fiscales des options 1 à 7 pour les irrevocable discretionary trusts

<i>Constitution</i>	
Option 1	Impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable
Option 2	Impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable
Option 3	Impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable
Option 4	Du vivant du constituant, pas de conséquences fiscales; Constitution pour cause de mort: impôt sur les successions selon le droit cantonal applicable
Option 5	Du vivant du constituant, pas de conséquences fiscales; Constitution pour cause de mort: impôt sur les successions selon le droit cantonal applicable
Option 6	Impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable
Option 7	Du vivant du constituant, pas de conséquences fiscales; Constitution pour cause de mort: impôt sur les successions selon le droit cantonal applicable
<i>Revenus courants et patrimoine</i>	
Option 1	Impôt sur le bénéfice et sur le capital pour le trust (imposition par analogie avec une fondation)
Option 2	Revenus versés dans la même période: pas de conséquences fiscales Revenus accumulés: impôts sur le revenu et sur la fortune pour le trustee (même si celui-ci est une personne morale); les gains en capital sont exonérés d'impôts.
Option 3	Pas de conséquences fiscales

Option 4	Du vivant du constituant: impôts sur le revenu et sur la fortune du chef du constituant Ensuite, pas de conséquences fiscales
Option 5	Du vivant du constituant: impôts sur le revenu et sur la fortune du chef du constituant Ensuite, impôts sur le revenu et sur la fortune du chef des bénéficiaires Si le constituant est décédé et que les bénéficiaires ne sont pas identifiables: pas de conséquences fiscales.
Option 6	Impôts sur le revenu et sur la fortune du chef des bénéficiaires Si les bénéficiaires ne sont pas identifiables: impôts sur le revenu et sur la fortune du chef du constituant. Si les bénéficiaires ne sont pas identifiables et que le constituant est décédé: pas de conséquences fiscales.
Option 7	Si le constituant était domicilié en Suisse au moment de la constitution: impôt sur le revenu et impôt sur la fortune du chef du constituant Sinon, pas de conséquences fiscales
<i>Prestations</i>	
Option 1	Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu, sauf si les bénéficiaires apportent la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte). Par analogie à une fondation, le trust peut invoquer la prestation en tant que frais justifiés par l'usage commercial pour l'impôt sur le bénéfice.
Option 2	Revenus versés dans la même période: impôt sur le revenu du chef des bénéficiaires Revenus accumulés: pas de conséquences fiscales Capital apporté: Variante a: impôt sur le revenu, Variante b: pas de conséquences fiscales (les prestations découlant du patrimoine dévolu au trust sont une donation indirecte) Prestation non déductible pour le patrimoine distinct du trustee

Option 3	Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu, sauf si les bénéficiaires peuvent apporter la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte).
Option 4	Du vivant du constituant: impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable, Après le décès du constituant: Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu, sauf si les bénéficiaires apportent la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte).
Option 5	Du vivant du constituant: impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable Après le décès du constituant: pas de conséquences fiscales car une imputation a été faite aux bénéficiaires pour les revenus courants et les valeurs patrimoniales du trust. En l'absence d'imputation (décès du constituant et bénéficiaires non identifiables): Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu, sauf si les bénéficiaires peuvent apporter la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte).
Option 6	Lorsqu'une imputation a été faite aux bénéficiaires: pas de conséquences fiscales, Si une imputation était faite jusqu'alors au constituant: impôts sur les successions ou sur les donations pour les bénéficiaires, sauf en cas d'exception, p.ex. prestation d'assistance. En l'absence d'imputation à des bénéficiaires et au constituant (bénéficiaires non identifiables et prestation après le décès du constituant): Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu sauf si les bénéficiaires apportent la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte).

Option 7	Lorsqu'une imputation a été faite au constituant: impôts sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable Lorsqu'aucune imputation n'a été faite au constituant: Variante a: impôt sur le revenu Variante b: impôt sur le revenu sauf si les bénéficiaires apportent la preuve qu'il s'agit d'une prestation découlant du patrimoine dévolu au trust (donation indirecte).
-----------------	---

5.1.4.4 Évaluation des options

Constitutionnalité

Au moment de la **constitution d'un trust**, la question centrale est de savoir si des impôts sur les successions ou sur les donations sont dus. En raison de l'autonomie cantonale en matière d'imposition des successions et des donations, les cantons peuvent déclarer assujettie aux impôts sur les successions ou sur les donations la personne à laquelle les valeurs patrimoniales et les revenus sont imputés après la constitution du trust, notamment les bénéficiaires qui disposent d'un droit, le trust (dans l'option 1) ou le trustee (dans l'option 2). Même si aucune imputation n'est effectuée (option 3, mais aussi options 4 à 7 selon la configuration), la perception d'un impôt sur successions ou sur les donations semble possible¹⁶⁶, étant toutefois entendu que les cantons sont tenus de déterminer le sujet fiscal (ce point est en rapport avec la question du taux d'imposition applicable: p.ex. barème applicable aux personnes non apparentées ou bien barème plus clément, voire absence d'imposition pour les descendants directs).

L'imputation des valeurs patrimoniales apportées à un trust ou des revenus qui en découlent aux fins de l'impôt sur le revenu et sur la fortune relève du domaine harmonisé. À cet égard, le législateur fédéral doit notamment se conformer au principe de légalité ainsi qu'à la règle de l'imposition selon la capacité contributive économique.

Toutes les options règlent cette imputation au moins dans les principes au niveau de la loi. Cela satisferait donc au principe de légalité. En revanche, l'évaluation en rapport avec l'imposition en fonction de la capacité contributive économique est plus complexe. Il semble peu problématique de continuer à procéder à l'imputation fiscale des valeurs patrimoniales au constituant lorsque celui-ci ne s'en est pas définitivement dessaisi. De même, l'imputation aux bénéficiaires ne pose aucun problème lorsque ceux-ci ont un droit sur les valeurs patrimoniales ou sur les revenus qui en découlent. Toutes les options suivent ces principes et semblent donc constitutionnelles sur ce point.

¹⁶⁶ Partiellement contesté dans la doctrine (voir par exemple AMONN, op. cit., p. 503, ainsi que DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Université de Genève / Genève, 2004, p. 125).

La doctrine majoritaire estime contraire à la Constitution une imputation au constituant ou aux bénéficiaires alors même que le constituant a définitivement abandonné le pouvoir de disposer de la fortune transmise, mais sans accorder d'autre part des droits fermes aux bénéficiaires. Ces cas concernent, selon la configuration, les options 4 à 7. Dans une certaine mesure, la critique pourrait également viser l'hypothèse d'une responsabilité solidaire de l'option 1. Toutefois, vu le champ d'application de la règle et dans la mesure où la responsabilité subsidiaire a pour but de garantir l'imposition et donc d'éviter une lacune fiscale, la réglementation peut être considérée comme justifiée, ce qui devra toutefois être réexaminé plus en détail à la lumière des résultats de la consultation. De même, la critique de la doctrine envers le traitement différent réservé par la pratique actuelle au constituant selon qu'il est domicilié en Suisse ou à l'étranger peut être transférée à l'option 7 (voir ch. 2.8).

De même, le principe de légalité ainsi que la règle de l'imposition selon la capacité contributive économique sont pertinents également du point de vue du **traitement fiscal des prestations** aux bénéficiaires. Fondamentalement, le traitement des prestations sur le plan de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur le bénéfice est également un domaine harmonisé, qui doit être réglé par la législation fédérale. En revanche, si une prestation constitue une succession ou une donation, elle relève du champ d'application de l'impôt sur les successions ou sur les donations, et donc du domaine de compétence du législateur cantonal.

Dans la variante a, les options évaluées suivent les règles générales de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur le bénéfice. Cette approche semble compatible avec le principe de légalité. Les rapports de trusts peuvent poursuivre des buts différents et il convient d'examiner la nature juridique d'une prestation dans le cas d'espèce. Si par exemple une entreprise a constitué un trust qui fournit des prestations à ses salariés, il est possible que ceux-ci reçoivent ainsi des revenus d'une activité lucrative dépendante. Dans ce contexte, une réglementation légale exhaustive des configurations possibles s'avère impossible.

Eu égard à la capacité contributive économique, il est incontesté que les prestations ne doivent pas déclencher des conséquences fiscales lorsque les valeurs patrimoniales correspondantes ont déjà préalablement été imputées fiscalement au destinataire. Cela vaut pour tous les cas où les bénéficiaires ont acquis un droit.

Si les valeurs patrimoniales ont été préalablement imputées au constituant, il est également constitutionnel de percevoir un impôt sur les successions ou sur les donations frappant la prestation, dans la mesure où les autres conditions d'une succession ou d'une donation sont remplies selon le droit cantonal applicable, ou de considérer par exemple qu'une prestation en lien avec le rapport de travail constitue un revenu d'une activité lucrative dépendante. Par principe, la nature de la prestation doit, ici aussi, être étudiée dans chaque cas d'espèce pour déterminer la qualification fiscale.

Si l'imputation fiscale n'a été effectuée ni au constituant ni aux bénéficiaires, mais à un tiers (trust en tant que sujet fiscal dans l'option 1, trustee dans l'option 2, chaque fois en dehors du champ d'application de la règle subsidiaire), le fait d'ajouter les prestations chez les bénéficiaires en tant que revenu imposable (à l'exception des gains en capital dans l'option 2) est compatible avec l'imposition selon la capacité contributive économique.

En revanche, pour la variante b, où les prestations effectuées à partir de valeurs patrimoniales consacrées au trust sont présumées constituer une donation indirecte, les avis divergent quant à la constitutionnalité de l'imposition (voir ch. 5.1.4.2).

En l'absence de toute imputation fiscale (dans l'option 3 notamment, mais aussi dans les autres options, selon la configuration), il serait constitutionnel d'enregistrer les prestations dans le chef des bénéficiaires avec l'impôt sur le revenu. Comme mentionné précédemment, ici aussi, il est possible d'avoir des appréciations divergentes sur l'existence d'une donation indirecte dans le cas de prestations venant du capital apporté.

Attractivité

Les aspects suivants sont essentiels pour l'attractivité des trusts suisses:

- Le choix d'un trustee suisse offre-t-il des avantages ou des inconvénients fiscaux par rapport au choix d'un trustee étranger? Si ce choix entraîne des inconvénients, cela a des incidences négatives sur la place économique suisse, puisque la demande de services de trust auprès de prestataires suisses sera moindre et que les trusts seront principalement constitués par l'intermédiaire de trustees étrangers.
- Le traitement fiscal d'un rapport de trust entraîne-t-il des avantages ou des inconvénients fiscaux par rapport au traitement d'instruments alternatifs? S'il entraîne des inconvénients, le nombre de personnes qui constitueront un trust sera moindre et ces personnes choisiront plutôt des instruments alternatifs. Cela réduira la demande de services de la part de trustees suisses. En outre, les conséquences fiscales dépendent largement du fait que le domicile du constituant ou des bénéficiaires se situe en Suisse ou à l'étranger. Dans le cas de trusts familiaux, le but est la transmission de valeurs patrimoniales aux descendants. À cet égard, une comparaison s'impose avec une distribution au titre du droit des donations ou des successions d'une part ainsi qu'avec la création d'une fondation de famille d'autre part.

Dans les options 3 à 7, les conséquences fiscales ne diffèrent pas selon si l'on a choisi un trustee suisse ou un trustee étranger. Ces options ont donc un effet neutre sur la place économique suisse.

En revanche, dans les options 1 et 2, des conséquences fiscales différentes peuvent découler du choix d'un trustee suisse ou d'un trustee étranger. Tel est le cas lorsque l'imposition du trust (option 1) ou celle du trustee (option 2) prévue dans le droit national échoue parce que le trust ou le trustee sont résidents d'un autre État conformément à une convention contre les doubles impositions applicable. On applique alors dans les deux options la règle subsidiaire selon laquelle l'imputation se fait au constituant. Les incidences fiscales de cette règle subsidiaire dépendent des circonstances du cas individuel (notamment du domicile du constituant) et des conséquences fiscales qui en découlent dans l'autre État.

Un trust familial au profit de descendants directs est peu attrayant sur le plan fiscal, dans la mesure où les valeurs patrimoniales transmises sont soumises, lors de l'apport, à l'impôt sur les successions ou sur les donations au barème applicable aux personnes non apparentées, et/ou à l'impôt sur le revenu lors du versement de prestations. Sous

cet angle, les options 4 à 7 sont les meilleures. En effet, elles prévoient une imputation aussi large que possible au constituant ou aux bénéficiaires, ce qui exclut *de facto* un impôt sur les successions ou sur les donations au barème applicable aux personnes non apparentées.

Le droit civil suisse en vigueur n'admet les fondations de famille qu'à des conditions restrictives, mais reconnaît les fondations de famille étrangères. C'est pourquoi nous procéderons ci-après à une comparaison avec une fondation de famille étrangère.

Dans la fondation de famille étrangère, il est possible de distinguer entre trois cas de figure qui entraînent des traitements fiscaux différents:

- Le fondateur ne s'est pas définitivement dessaisi des valeurs patrimoniales, par exemple parce qu'il s'est réservé le droit de révoquer la fondation. Dans ce cas, la fondation est ignorée à des fins fiscales et traitée fiscalement comme un *revocable trust*.
- Le fondateur s'est définitivement dessaisi des valeurs patrimoniales et les bénéficiaires disposent de droits fermes ou possèdent un pouvoir de disposition économique sur au moins des parties du capital de fondation. Dans de tels cas, les cantons appliquent la même pratique que pour l'*irrevocable fixed interest trust*.
- Le fondateur s'est définitivement dessaisi des valeurs patrimoniales et les bénéficiaires ne disposent pas de droits fermes ou ne possèdent aucun pouvoir de disposition économique. Les conséquences fiscales de la constitution et du versement de prestations de la fondation étrangère reconnue comme sujet fiscal dépendent des circonstances du cas d'espèce, notamment du domicile des personnes impliquées. La charge fiscale dans l'État du siège de la fondation est en règle générale faible. Une comparaison avec les conséquences fiscales des options élaborées pour réglementer les trusts est extrêmement difficile. En fonction de la domiciliation des personnes impliquées, cette situation pourrait générer des avantages ou bien des inconvénients sur le plan fiscal.

Charges administratives et praticabilité

Sur le plan fiscal, les rapports de trust sont subdivisés en plusieurs catégories (*revocable / irrevocable fixed interest / irrevocable discretionary*), en partant desquelles l'imputation se fait au constituant, aux bénéficiaires, à un tiers ou ne se fait à personne. L'attribution à l'une de ces catégories nécessite une analyse des circonstances concrètes du cas d'espèce, qui peut nécessiter des investigations lourdes et complexes. À cet égard, les options 4 à 6 sont plus avantageuses que les autres, parce qu'elles ne distinguent que deux catégories pertinentes (au lieu de trois).

Des problèmes d'imposition peuvent se poser si les personnes assujetties à l'impôt ne disposent pas de droits d'information suffisants par rapport au trust pour s'acquitter de leur obligation de collaborer. Cette problématique peut se présenter en premier lieu pour les bénéficiaires qui, à l'extrême, peuvent même ignorer qui est le constituant du trust.

Des problèmes peuvent en outre se poser dans le cas de l'imposition d'une personne qui ne dispose pas des valeurs patrimoniales concernées du point de vue économique, et que la créance fiscale peut mettre en difficultés sur le plan des liquidités.

Enfin, des difficultés pratiques apparaissent si, lors du versement de prestations, on distingue entre les valeurs patrimoniales apportées par le constituant et les revenus réalisés pendant la durée du rapport de trust.

La mise en œuvre de l'option 1 exige, dans le cas de bénéficiaires d'un Irrevocable Discretionary Trust situés dans plusieurs cantons ou à l'étranger, que les revenus et les actifs du trust soient répartis entre eux en fonction de leur montant. Cependant, dans le cas d'un Irrevocable Discretionary Trust, les bénéficiaires n'ont pas de droits fixes sous forme de quotas ou de montants. La manière dont ces parts sont déterminées en termes de montant dans les cas individuels relève de la pratique.

Conformité avec les conventions contre les doubles impositions existantes

Du point de vue de la conformité avec les CDI, il convient d'étudier les options afin de déterminer si l'imposition prévue en Suisse est restreinte par des conventions contre les doubles impositions. Dans ce cas, l'option concernée pourrait, le cas échéant, ne pas être applicable et créerait des modalités entravant une imposition par la Suisse.

En règle générale, la fortune d'un trust se compose d'un patrimoine privé mobilier qui produit des dividendes et des intérêts. Selon le Modèle de convention de l'OCDE (MC-OCDE) dont s'inspirent majoritairement les CDI suisses, le patrimoine privé mobilier ne peut être imposé que par l'État de résidence de la personne à laquelle il est imputé (art. 22 MC-OCDE). Si le patrimoine du trust est investi dans des États tiers, les dividendes et intérêts qui en découlent ne peuvent, eux aussi, être imposés que dans l'État de résidence (art. 21 MC-OCDE). Si le patrimoine privé mobilier est investi dans l'État contractant qui n'est pas l'État de résidence de la personne à laquelle les revenus sont imputés, ces revenus ne peuvent être imposés que dans l'État de résidence de cette personne sous réserve d'un droit d'imposition limité de l'État source pour les dividendes et les intérêts (art. 10 et 11 MC-OCDE).

Les restrictions au titre des CDI apparaissent donc surtout lorsque le patrimoine du trust et les rendements qui en découlent sont des revenus ou un patrimoine d'une personne qui est domiciliée dans l'autre État contractant et à laquelle la Suisse impute les revenus ou la fortune. Si les mêmes revenus ou la même fortune sont imposés en Suisse avec imputation à une personne domiciliée en Suisse, la double imposition juridiquement interdite par la CDI n'est pas constituée, même si le pays étranger procède à l'imputation, selon ses règles, à une personne qui y est domiciliée et impose cette personne. L'imputation de revenus et de patrimoines se fait en principe conformément au droit national. Il convient donc d'examiner les options, notamment pour savoir si elles peuvent entraîner une imputation à une personne qui est domiciliée dans un État partie à une CDI. Comme la conformité à la CDI doit être notamment évaluée aussi du point de vue du risque qu'une option soit aménagée de manière à éviter une imposition par la Suisse, l'accent porte sur les variables qui peuvent être librement choisies par le constituant quel que soit le but poursuivi par le trust, à savoir en premier lieu la personne ou l'État de résidence du trustee.

Les diverses options ont été étudiées ci-après pour identifier leurs conflits éventuels avec des CDI. Cet examen se limite au cas d'un *irrevocable discretionary trust* pour lequel les options prévoient principalement des imputations différentes:

Option 1

Dans cette option, l'*irrevocable discretionary trust* est imposé comme un sujet fiscal propre pour la part de la fortune et du revenu qui est dévolue aux bénéficiaires domiciliés en Suisse. Dans cette hypothèse, l'imposition pratiquée par la Suisse en qualité d'État de résidence serait similaire à celle des États anglo-saxons connaissant un modèle analogue. Si, selon une CDI, le trust est considéré comme une personne résidant dans un autre État contractant, la Suisse attribue le revenu et la fortune du trust au constituant établi en Suisse et l'impose dans son chef, conformément à la «règle subsidiaire». Cette règle subsidiaire n'entraîne aucun conflit de CDI et cette option peut être appliquée au titre des CDI. Son application est toutefois compliquée, car elle nécessite des constatations difficiles sur le plan factuel et juridique. Ainsi, il convient notamment de déterminer si le trust est imposé comme une société selon le droit national de l'État partenaire (voir art. 3, al. 1, let. b, MC-OCDE). En outre, les États partenaires pourraient considérer la «règle subsidiaire» comme une mesure unilatérale qui perturbe l'équilibre de la convention. Enfin, il n'est pas exclu qu'un État partenaire considère la «règle subsidiaire» de l'option 1 comme une violation du principe de la bonne foi dans l'interprétation des traités internationaux (art. 26 et 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Si tel était le cas, la question devrait être discutée bilatéralement avec l'État partenaire concerné.

Option 2

Dans cette option, le patrimoine du trust et les rendements de ce patrimoine non distribués dans un délai d'un an sont imputés au trustee en tant que patrimoine distinct et sont imposés dans son chef. Dans cette hypothèse, l'imposition pratiquée par la Suisse en qualité d'État de résidence serait similaire à celle des États anglo-saxons connaissant un modèle analogue. Si le trustee n'est pas une personne rattachée personnellement à la Suisse, le patrimoine du trust et ses rendements sont attribués au constituant domicilié en Suisse en vertu de la «règle subsidiaire». Avec cette règle, il ne découle aucun conflit de CDI et cette option peut, elle aussi, être appliquée au titre des CDI. La «règle subsidiaire» est moins problématique dans cette configuration que dans l'option 1. Son application est nettement plus simple, car les investigations par rapport au droit fiscal national d'autres États disparaissent. Enfin, l'option 2 devrait sans doute susciter une plus grande acceptation également parmi les États parties aux CDI, car sa «règle subsidiaire» ne prévoit pas d'imposition dépendant de la CDI applicable.

Options 3 à 7

Dans ces options, les revenus et le patrimoine d'un *irrevocable discretionary trust* sont imputés au constituant ou aux bénéficiaires ou ne sont imputés à personne, et, le cas échéant, la personne concernée est imposée en Suisse selon les règles générales de l'assujettissement. Aucun conflit de CDI ne peut donc se présenter. Ces options correspondent largement à la pratique actuelle et n'ont jamais soulevé de problème de conformité au regard des CDI. L'attribution de facteurs à des bénéficiaires est parfois

difficile dans le cas des *irrevocable discretionary trusts*, car les bénéficiaires n'ont aucun droit ferme et leurs prétentions dépendent de la libre appréciation du trustee, que celui-ci n'a pas encore exercée. L'attribution de facteurs aux bénéficiaires n'est cependant fondamentalement pas réglée dans les CDI, de sorte que les incompatibilités avec les imputations par des États partenaires à des bénéficiaires qui y sont domiciliés ne représentent pas une infraction à la CDI.

5.1.4.5 Justification de la réglementation proposée

Toutes les options proposées apparaissent conformes aux CDI. S'agissant de l'attractivité de la place économique, des frais administratifs et de la praticabilité, les options 1 et 2 conviennent moins bien que les options 4 à 6. L'option 7 est avantageuse sur le plan de l'attractivité de la place économique, mais la critique, du point de vue constitutionnel, du privilège accordé aux *pre-immigration trusts* n'est pas à négliger. Pour le reste, la doctrine considère majoritairement que l'imputation des revenus courants et du patrimoine du trust au constituant qui s'est définitivement dessaisi de sa fortune ou aux bénéficiaires sans droits dans les options 4 à 7 n'est pas conforme à la Constitution. Bien que correcte sur le plan de la systématique fiscale, l'option 3 entraînerait une lacune fiscale systématique dans les cas du *irrevocable discretionary trust*.

Du point de vue du Conseil fédéral, la constitutionnalité est le critère prioritaire pour évaluer les options. L'introduction d'un trust suisse offre l'occasion de régler explicitement les rapports de trust également dans la législation fiscale. La nouvelle réglementation légale doit tenir compte de l'évaluation de la constitutionnalité par la doctrine. Dans ce contexte, le Conseil fédéral penche en faveur des options 1 et 2, malgré la réserve concernant la responsabilité solidaire (voir ch. 5.1.4.4).

L'option 1 doit être privilégiée par rapport à l'option 2, notamment pour deux raisons:

- Égalité de traitement fiscal avec une fondation de famille. Celle-ci peut poursuivre des buts similaires à ceux d'un trust familial et, dans la mesure du possible, le choix entre ces deux instruments ne doit pas être influencé par le droit fiscal.
- La règle subsidiaire s'applique dans moins de configurations que dans l'option 2. Le choix d'un trustee étranger n'entraîne pas *ipso facto* des conséquences fiscales différentes de celles du choix d'un trustee suisse.

En outre, l'option 1 présente de légers avantages sur le plan de la taxation, car elle s'inspire de la fondation, bien connue en Suisse.

La constitution d'un trust entraîne parfois l'adoption de dispositions patrimoniales qui ne peuvent plus être annulées. Cela est notamment le cas dans le cadre de l'*irrevocable discretionary trust*, qui doit désormais faire l'objet d'une nouvelle réglementation fiscale. C'est pourquoi il est logique de prévoir une réglementation transitoire généreuse selon le principe de la bonne foi (*grandfathering*).

Pour décider entre les variantes a et b, il est par conséquent logique de s'appuyer sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux fondations.¹⁶⁷ Selon lui, les prestations aux destinataires ne sont pas versées volontairement, mais uniquement en exécution d'une obligation juridique qui est imposée par l'acte de fondation (dans le cas de l'*irrevocable discretionary trust*, cela correspondrait aux conditions fixées dans l'acte constitutif). En conséquence, l'hypothèse d'une donation n'entre pas en ligne de compte dans le sillage du versement de prestations aux bénéficiaires, et la variante a selon laquelle les prestations du trust aux bénéficiaires doivent être ajoutées à leur revenu est la solution appropriée.

Les conséquences fiscales de la réglementation légale proposée sont résumées ci-après pour les impôts sur le revenu et sur la fortune ainsi que pour les impôts sur les successions et sur les donations:

Vue d'ensemble des conséquences fiscales de la réglementation proposée

	Revocable trust (comme jusqu'ici)	Irrevocable fixed interest trust (comme jusqu'ici)	Irrevocable discretionary trust (nouveau)
Constitution	Pas de conséquences fiscales, car les valeurs patrimoniales continuent à être imputées au constituant	Impôt sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable ¹⁶⁸	Impôt sur les successions ou sur les donations selon le droit cantonal applicable ¹⁶⁸
Revenus courants et patrimoine	Impôts sur le revenu et sur la fortune dans le chef du constituant ¹⁶⁸ ; les gains en capital sont exonérés de l'impôt	Impôts sur le revenu et sur la fortune dans le chef des bénéficiaires ¹⁶⁹ ; les gains en capital sont exonérés de l'impôt	Impôts sur le bénéfice et sur le capital dans le chef du trust (imposition par analogie à la fondation) ¹⁶⁹
Prestations	Au constituant: pas de conséquences fiscales Aux bénéficiaires: impôt sur les successions ou sur les donations ¹⁶⁸	Pas de conséquences fiscales, car les revenus courants et le patrimoine ont déjà été soumis à l'impôt par les bénéficiaires	Impôt sur le revenu ¹⁶⁹

¹⁶⁷ Voir Arrêt du TF, 2A.668/2004 op. cit., consid. 3.4.3 avec renvois.

¹⁶⁸ À condition que le constituant ait son domicile en Suisse.

¹⁶⁹ À condition que le bénéficiaire ait son domicile en Suisse.

5.2

Mise en oeuvre

5.2.1

Ordonnance sur le registre foncier

L'ORF contient déjà des dispositions sur le trust, introduites suite à la ratification de la CLHT. Elles visent essentiellement à permettre l'inscription du lien avec le trust au registre foncier (art. 58, 128 et 137 ORF) et à fixer les conditions d'inscription d'un transfert de propriété dans le cadre d'un trust (art. 67 ORF). Ces dispositions, qui actuellement s'appliquent aux trusts étrangers et font référence à l'art. 149d LDIP, devront être adaptées pour tenir compte de la possibilité de constituer un trust de droit suisse. Sur le plan matériel, les règles de l'ORF sont compatibles avec la réglementation du trust proposée dans l'avant-projet. Elles doivent au demeurant pouvoir continuer à s'appliquer à des trusts étrangers, régis par d'autres règles. Les règles de l'ORF sur les trusts n'ont donc pas besoin d'être modifiées en profondeur. Seules des adaptations mineures, visant notamment à garantir l'utilisation d'une terminologie uniforme, sont nécessaires.

5.2.2

Autre ordonnance portant sur des registres publics

L'art. 149d LDIP prévoit que le lien avec un trust peut être inscrit non seulement dans le registre foncier, mais également dans le registre des bateaux ou dans le registre des aéronefs, ainsi que dans les différents registres de propriété intellectuelle. Ces registres sont régis par les lois et les ordonnances suivantes:

- loi fédérale du 28 septembre 1923 sur le registre des bateaux (RS 747.11) et ordonnance du 16 juin 1986 sur le registre des bateaux (RS 747.111);
- loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30) et ordonnance du 20 novembre 1956 sur la navigation maritime (RS 747.301);
- loi fédérale du 7 octobre 1959 sur le registre des aéronefs (RS 748.217.1) et règlement d'exécution du 2 septembre 1960 de la loi fédérale sur le registre des aéronefs (RS 748.217.11);
- loi du 28 août 1992 sur la protection des marques (LPM; RS 232.11);
- loi du 5 octobre 2001 sur les designs (LDes; RS 232.12) et ordonnance du 8 mars 2002 sur les designs (ODes ; RS 232.121);
- loi du 25 juin 1954 sur les brevets (LBI; RS 232.14) et ordonnance du 19 octobre 1977 sur les brevets (OBI ; RS 232.141).

Les mentions qui peuvent actuellement être opérées dans les différents registres publics sur la base de l'art. 149d LDIP devraient également être possibles pour les trusts constitués selon le droit suisse, comme le prévoit l'art. 529g, al. 3, AP-CO (voir commentaire ci-dessous). Les différentes lois qui régissent ces registres publics n'ont pas été modifiées suite à l'adoption de l'art. 149d LDIP. A l'exception de l'ORF, les différentes ordonnance d'application qui concernent ces registres ne contiennent pas non plus de dispositions qui traitent des trusts. La réglementation actuelle semble

adéquate pour ce qui concerne les trusts régis par le droit étranger. Il n'y a pas de raison de douter qu'il puisse en aller de même pour les trusts régis par le droit suisse, de sorte que des modifications au niveau des ordonnances ne paraissent pas indispensables. La question d'une concrétisation de la disposition de l'avant-projet dans les ordonnances concernées devrait toutefois faire l'objet d'un examen de la part de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle.

6 Commentaire des dispositions

6.1 Code des obligations (CO)

Art. 529a Dispositions générales / I. Définition et forme

Selon l'*al. 1.*, le trust a pour objet l'affectation par un ou plusieurs constituants de biens à un *patrimoine séparé* détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires. Ainsi, le trust suisse est un trust au sens de l'art. 2 de la CLHT lequel vise «les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs 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.»

Selon la lettre de la disposition, le trust peut être créé par un ou plusieurs *constituants (settlors)*. Il peut s'agir de personnes physiques ou morales. Est également autorisée la constitution d'un trust par une société de personnes ou par une communauté de droit. Pour pouvoir constituer un trust, une personne physique doit avoir l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Elle doit donc être capable de discernement, être majeure et ne pas faire l'objet d'une curatelle de portée générale. Par ailleurs, le constituant doit avoir le pouvoir de disposer des biens affectés au trust.

Le trust doit être créé dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires (*beneficiaries*) qui doivent être des personnes physiques ou morales (voir le commentaire de l'art. 529c AP-CO). Même si la CLHT l'autorise, la constitution d'un pur «*purpose trusts*» n'est par conséquent pas admise (voir ch. 5.1.1.2 ci-dessus) en droit suisse. Pour le reste, l'avant-projet ne prévoit aucune limitation relative au but du trust. Un trust peut donc être utilisé dans un contexte familial ou professionnel. L'avant-projet ne prévoit pas non plus de restrictions quant aux activités qui peuvent être exercées par le trustee. Il n'exclut dès lors pas l'exercice d'une activité commerciale ou l'exploitation d'une entreprise. Dans ce cas, les règles relatives à l'inscription au registre du commerce doivent être respectées.¹⁷⁰

Toute personne physique ou morale peut être désignée en qualité de *trustee*. L'avant-projet renonce à introduire des exigences particulières pour le trustee. Celui-ci n'a pas besoin d'être au bénéfice d'une autorisation ni d'avoir des compétences particulières. A noter que seuls les trustees professionnels sont assujettis à la réglementation financière et anti-blanchiment (voir ch. 1.1.4.3 ci-dessus). Il n'est pas non plus nécessaire que le trustee soit domicilié en Suisse pour la constitution d'un trust suisse. Par ail-

¹⁷⁰ Voir art. 931 CO.

leurs, un constituant ou un bénéficiaire peut également être trustee. Toutefois, le trustee ne peut pas être seul bénéficiaire (voir art. 529c, al. 2, AP-CO).

L'art. 2 prévoit deux formes différentes pour l'acte de trust: la déclaration écrite et la disposition pour cause de mort du constituant. Chacune de ces deux formes requiert une manifestation expresse de volonté, avec pour conséquence que seuls les trusts exprès («*express trusts*») sont autorisés, à l'exclusion des autres types de trusts («*implied trusts*», «*resulting trusts*», «*constructive trusts*»; voir ci-dessus ch. 1.1.2).

La première forme de constitution du trust est celle d'une *déclaration écrite* du constituant de son vivant. La constitution par déclaration est possible aussi bien lorsqu'une tierce personne est désignée comme trustee que lorsque le constituant devient lui-même trustee. Ces deux situations obéissent toutefois à des règles différentes en ce qui concerne la suite de la procédure (voir art. 529b, al. 3, AP-CO).

La deuxième forme de constitution du trust est celle de la *disposition pour cause de mort*. L'avant-projet prévoit ici une règle analogue à celle du droit des fondations qui autorise la constitution de fondation pour cause de mort («*fondation successorale*» ou «*Erbstiftung*», art. 81, al. 1, et 493 CC). Les règles applicables à ce type de fondations s'appliquent par analogie au trust successoral. Le trust constitué pour cause de mort doit prendre la forme d'un testament (art. 498 ss CC) ou d'un pacte successoral (art. 512 CC). L'affectation des biens au trust doit être ordonnée dans le cadre de la succession du constituant. Le trust créé par un successeur du constituant au moyen du patrimoine transmis ou celui créé par le constituant sans lui attribuer des biens de sa succession ne sont pas des trusts successoraux.¹⁷¹ La volonté de créer un trust et celle d'affecter certains biens à ce trust peuvent être exprimées dans un seul et même acte pour cause de mort ou dans deux actes distincts.

L'affectation des biens au trust successoral peut être effectuée par le constituant directement au moyen d'une institution d'héritier du trustee ou par l'attribution d'un legs.¹⁷² Le trust n'est valablement constitué qu'avec l'acquisition de la propriété des biens ou de la titularité des droits par le trustee. Le transfert au trustee de la propriété des biens affectés au trust obéit aux règles du droit des successions. Il dépend du mode de disposer.

Art. 529b Constitution et effets juridiques

Selon l'art. 1, le constituant manifeste dans l'acte de trust sa volonté de constituer un trust en lui affectant des biens. L'acte de trust doit aussi contenir des dispositions sur la désignation du trustee (sous réserve de l'exception prévue à l'art. 2 pour les trusts successoraux), sur la désignation des bénéficiaires (voir art. 529c AP-CO) ainsi que sur l'administration du trust (voir art. 529g, al. 1, AP-CO). Comme l'acte de fondation, l'acte de trust est une manifestation de volonté *unilatérale* du constituant, non sujette à réception. Ce caractère unilatéral ne s'oppose pas à la constitution d'un trust par un acte juridique bilatéral (contrat ou pacte successoral)¹⁷³ ni à la constitution par plusieurs constituants (voir art. 529a). Le caractère unilatéral de la constitution du

¹⁷¹ BADDELEY, CR-CC II, art. 493 n° 17.

¹⁷² BADDELEY, CR-CC II, art. 493 n° 27.

¹⁷³ VEZ, CR-CC I, art. 81 n° 11 et réf. cit.

trust se distingue du consentement écrit du trustee requis dans certains cas pour la constitution du trust et le transfert des biens (voir le commentaire de l'al. 5). Les clauses énoncées à l'al. 1 sont des clauses absolument essentielles. Leur absence empêche donc l'acte de trust de venir à chef. Pour autant que les exigences de forme soient respectées (art. 529a, al. 2 et 529b, al. 3, AP-CO), l'acte de trust peut être complété après coup, par un acte séparé. A noter qu'à côté de ces clauses, l'acte de trust peut contenir d'autres dispositions qui dérogent aux règles légales ou les complètent, notamment en ce qui concerne les pouvoirs qui peuvent être conférés au constituant (art. 529e, al. 1, AP-CO), la désignation d'un protecteur (art. 529f) et les droits du trustee (art. 529o AP-CO).

En cas de constitution du trust par disposition pour cause de mort, l'al. 2 réserve au constituant la possibilité de ne pas désigner le trustee dans l'acte de trust. Il peut soit préciser dans l'acte de trust les règles permettant la nomination du trustee, soit renoncer à toute indication à ce sujet. Si aucune règle n'est prévue, le trustee est désigné par un tribunal, sur demande d'un bénéficiaire ou de tout intéressé (héritier, exécuteur testamentaire).

L'al. 3 définit les exigences à respecter lorsque le constituant est lui-même désigné trustee. Dans ce cas de figure, le constituant reste propriétaire des biens, mais ceux-ci sont détachés de son patrimoine personnel pour former un patrimoine distinct. Selon cette disposition, l'acte de trust doit alors mentionner précisément les biens que le constituant affecte au trust. La mention des biens dans la déclaration du constituant est l'acte de disposition qui remplace le transfert de la propriété des biens exigée en cas de constitution d'un trust avec une tierce personne comme trustee (voir al. 5). Par cette mention, le constituant manifeste sa volonté de sortir certains biens de son patrimoine personnel et de les intégrer dans un patrimoine séparé. L'exigence de mention écrite est reprise à l'art. 529l, al. 2, AP-CO, qui s'applique à l'affectation de biens réalisée non pas à la constitution du trust, mais ultérieurement (voir commentaire ci-dessous).

L'acte de trust doit également contenir une désignation destinée à faciliter l'identification du trust (al. 4). Cette désignation joue un rôle semblable à celui des raisons de commerce pour les sociétés ou des noms pour les personnes morales. Elle doit être utilisée notamment dans la comptabilité du trustee, ainsi que lorsque ce dernier déclare agir en cette qualité auprès de tiers ou demande la mention du rapport de trust dans un registre public. La désignation permettant l'identification du trust n'est pas un élément essentiel de l'acte de trust, de sorte que son absence n'en entache pas la validité. A défaut d'indication dans l'acte de trust, la désignation est choisie par le trustee.

La constitution d'un trust requiert le consentement écrit du trustee et le transfert des biens à celui-ci (al. 5). Le *consentement du trustee* porte sur l'acceptation de sa nomination et sur l'affectation des biens qui lui sont transférés à un patrimoine séparé de sa fortune personnelle. Pour des raisons de preuve, ce consentement doit revêtir la forme écrite. Le trustee peut donner son consentement dans l'acte de trust, en le cosignant, ou dans un acte distinct. Quant au *transfert* de la propriété des biens, il doit se faire selon les modalités prévues par les droits réels. Pour les biens meubles, le transfert nécessite la mise en possession (art. 714 CC) et pour les immeubles, l'inscription au registre foncier (art. 656 CC). Il résulte de cette disposition que le transfert des biens au trustee est nécessaire à la constitution du trust et que celui-ci ne déploie ses effets

qu'avec l'accomplissement des formalités requises. Le consentement du trustee et le transfert des biens n'est pas requis lorsque le constituant est lui-même désigné trustee (voir *al.* 3). Contrairement à ce qui prévaut pour les fondations, les biens affectés au trust ne doivent pas nécessairement être désignés dans l'acte de trust (l'*al.* 3 étant réservé). Les droits étrangers du trust ne prévoient en règle générale pas d'exigence à ce sujet, raison pour laquelle l'avant-projet y renonce. L'inventaire dressé par le trustee au moment de la constitution devrait néanmoins permettre d'apporter la preuve de l'affectation des biens au trust (voir art. 529*h*, *al.* 2, ch. 2, AP-CO). Le transfert des biens et l'inventaire établi par le trustee garantissent l'identification des biens que le constituant a affectés au trust, ce qui limite de manière adéquate le potentiel d'abus.

La constitution d'un trust nécessite la désignation des personnes impliquées et des biens affectés et ne peut donc pas servir à des fins de dissimulation de personnes ou de fortune (voir également ch. 3 ci-dessus). La constitution d'un trust ne doit pas non plus permettre au constituant de se dessaisir de ses biens au détriment de ses créanciers, de son conjoint ou partenaire enregistré, ni de ses héritiers. Les dispositions légales qui leur permettent de faire valoir leurs droits sont donc explicitement réservées (*al.* 6). Il s'agit en particuliers des règles sur la révocation de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite (révocation, art. 285 ss LP), de celles sur les réunions matrimoniales et le devoir de renseigner des époux (art. 170 et 208 CC) ainsi que celles sur les réserves, la réduction, les renseignements et les rapports et réunions de droit successoral du code civil (art. 470 ss, 522 ss, 581, *al.* 2, 607, *al.* 3, 610, *al.* 2, et 626 ss CC).

Art. 529c Désignation des bénéficiaires ou des catégories de bénéficiaires

La constitution d'un trust sans bénéficiaire n'est pas autorisée (principe de l'interdiction des « *purpose trusts* »; voir le commentaire à l'art. 529*a* AP-CO. Selon la règle fixée à l'art 529*b*, *al.* 1, AP-CO, le ou les bénéficiaires doivent être désignés dans l'acte de trust. La désignation de bénéficiaires par le constituant est un élément objectivement essentiel de l'acte de trust et l'absence de disposition sur ce point entraîne la nullité de l'acte de trust. La notion de bénéficiaire est limitée aux personnes physiques ou morales. Il peut s'agir de personnes à naître (*nasciturus*). Un animal ne peut pas être désigné comme bénéficiaire. Pour autant que l'acte de trust lui confère ce pouvoir, le constituant, le trustee ou un protecteur peut être autorisé à ajouter de nouveaux bénéficiaires ou à en supprimer (529*t*, *al.* 1, AP-CO).

Les bénéficiaires du trust doivent être suffisamment déterminés ou déterminables au moment de la distribution d'une prestation. Conformément à l'*al.* 1, les bénéficiaires peuvent être désignés nommément dans l'acte de trust ou au moyen d'un critère d'identification. Il peut s'agir d'un lien particulier avec le constituant ou avec un tiers, typiquement d'un lien familial. La qualité de bénéficiaires peut également découler d'un rapport contractuel, par exemple lorsque le trust s'inscrit dans une relation d'affaire. Le lien avec un tiers permet de désigner des bénéficiaires qui n'ont pas de relations directes avec le constituant. Il peut s'agir de la famille d'un proche du constituant, mais également des membres d'une association, des personnes qui fréquentent une organisation ou encore des employés d'une entité. L'acte de trust peut prévoir d'autres critères d'identification, pour autant que ceux-ci permettent d'identifier l'ensemble des bénéficiaires au moment de la distribution d'une prestation. Dans le cas d'un trust

discrétionnaire, le trustee n'a pas l'obligation d'établir une liste exhaustive des bénéficiaires. Il doit seulement pouvoir vérifier si une personne qui demanderait une distribution répond aux critères fixés dans les dispositions de l'acte de trust.

Selon l'*al. 2*, le trustee peut être désigné comme bénéficiaire, mais il ne peut pas être seul bénéficiaire, sous peine de nullité du trust. Cette règle permet d'éviter qu'une personne soit à la fois constituant, trustee et bénéficiaire. Dans ce cas, les restrictions que le trust impose au trustee en faveur des bénéficiaires n'auraient plus de raison d'être.

Art. 529d Prestations

Le fait de pouvoir bénéficier de certaines prestations du trust – sous quelque forme que ce soit – constitue la qualité essentielle du bénéficiaire. L'acte de trust peut lui conférer un droit au versement d'une prestation ou ne lui reconnaître qu'une simple expectative (*al. 1*). Ces deux notions correspondent à la distinction traditionnelle entre trust à droits fixes (*fixed interest trust*) et trust discrétionnaire (*discretionary trust*).

Selon l'*al. 2*, le droit au versement d'une prestation peut être soumis à toute condition et tout terme. Le bénéficiaire du droit peut en principe le céder à un tiers, mais la cessibilité peut être exclue dans l'acte de trust. Par ailleurs, le droit est intransmissible, ce qui signifie qu'il ne passe pas aux héritiers.

En ce qui concerne l'expectative d'un bénéficiaire relative à une prestation soumise à la discrétion du trustee, elle n'est ni cessible, ni transmissible (*al. 3*).

L'*al. 4* réserve le droit de chaque bénéficiaire à renoncer en tout temps aux avantages que lui procure le trust. La renonciation requiert une déclaration écrite qui doit être adressée au trustee. Lorsque l'ensemble des bénéficiaires renonce aux avantages procurés par le trust, celui-ci prend en principe fin en vertu de l'art. 529u, al. 1, AP-CO. Toutefois l'acte de trust peut prévoir la possibilité de désigner de nouveaux bénéficiaires. La situation où tous les bénéficiaires renoncent aux avantages procurés par le trust doit être distinguée de celle, visée à l'art. 529u, al. 2, AP-CO, où l'ensemble des bénéficiaires décide de provoquer la dissolution du trust et donc la distribution des biens, en principe en leur faveur.

Art. 529e Pouvoirs du constituant

Une fois le trust constitué, le constituant n'a en principe plus de rôle à jouer. Mais il peut se réserver toute une série de prérogatives dans l'acte de trust et continuer d'influer, plus ou moins fortement, sur la détention et la gestion du patrimoine du trust, sur le trustee et ses tâches, sur les bénéficiaires et le cas échéant sur le protecteur. Par ailleurs, le constituant peut aussi être désigné comme bénéficiaire du trust, seul ou avec d'autres personnes. En cas de pluralité de constituants, ceux-ci exercent leurs pouvoirs conjointement et prennent leurs décisions à l'unanimité, sauf dispositions contraires de l'acte de trust, conformément au principe général de l'art. 534 CO.

L'*al. 1* contient une liste exemplative des pouvoirs que peut se réserver le constituant. Ces pouvoirs ne sont valables que s'ils sont prévus dans les dispositions de l'acte de trust, qu'ils aient été mentionnés dans l'acte de trust d'origine ou qu'ils aient été ajoutés ultérieurement à l'occasion d'une modification (voir art. 529t AP-CO).

L'acte de trust peut conférer au constituant le pouvoir de révoquer le trust ou de le dissoudre (*ch. 1*). Dans le premier cas, le patrimoine du trust fait retour au constituant. Dans le second, le trust est liquidé et les biens restants sont distribués conformément aux dispositions de l'acte de trust (voir art. 529*u*, al. 3, AP-CO).

En principe, le trustee exerce ses activités en toute indépendance et n'est pas lié par les instructions du constituant. L'acte de trust peut cependant conférer au constituant un certain pouvoir de contrôle. Ainsi, elles peuvent prévoir que certains actes du trustee sont soumis au consentement du constituant (*ch. 2*). L'absence d'approbation n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais en l'absence de ratification, elle peut engager la responsabilité du trustee selon l'art. 529*k* AP-CO.

Le constituant peut se réserver le droit de demander au trustee les comptes du trust et d'en ordonner la révision (*ch. 3*). L'acte de trust peut également autoriser le constituant à remplacer un trustee ou à lui désigner un successeur (*ch. 4*). Pour finir, il peut autoriser le constituant à désigner un protecteur au sens de l'art. 529*f* AP-CO, à les remplacer ou à désigner leur successeur (*ch. 5*). La liste contenue dans cet article n'est pas exhaustive. L'avant-projet contient d'autres dispositions qui permettent de conférer certains pouvoirs au constituant. C'est notamment le cas de l'art. 529*i*, al. 1, AP-CO, qui permet au constituant de demander au trustee de lui rendre compte de sa gestion, de l'art. 529*k*, al. 2, AP-CO, qui lui permet de demander la réparation du dommage causé au patrimoine du trust, ainsi que de l'art. 529*t* AP-CO, qui lui attribue des prérogatives en matière de modification des dispositions de l'acte de trust.

Le constituant exerce personnellement les pouvoirs qui lui sont conférés par l'acte de trust et par la loi (*al. 2*). Cela signifie que ces pouvoirs ne peuvent ni faire l'objet d'une délégation, ni être cédés à des tiers. Seul le constituant est habilité à les exercer. A l'instar des droits strictement personnels (art. 19*c* CC), ces pouvoirs ne passent pas aux héritiers et ne souffrent aucune représentation. L'acte de trust peut cependant prévoir que les pouvoirs visés par cette disposition seront confiés à un ou plusieurs protecteurs (art. 529*f*, al. 1, AP-CO). Palliant l'absence de représentation, la désignation d'un protecteur peut notamment permettre de garantir le respect de la volonté du constituant dans l'hypothèse où celui-ci deviendrait incapable de discernement et ne pourrait dès lors plus exercer ses pouvoirs.

Art. 529f Pouvoirs du protecteur

Le constituant peut confier à un protecteur la mission de contrôler les activités du trustee en s'assurant qu'il respecte les devoirs fixés dans la loi et l'acte de trust. Pour ce faire, l'*al. 1* prévoit que les clauses de trust peuvent conférer à un ou plusieurs protecteurs tout ou partie des pouvoirs du constituant visés à l'art. 529*e* AP-CO. Le protecteur peut ainsi être autorisé à révoquer ou à dissoudre le trust. Le pouvoir de révocation du constituant n'étant pas transmissible, il prend fin à son décès. Pour éviter qu'une révocation ne puisse intervenir après le décès, le projet de loi prévoit que le pouvoir de révocation du protecteur ne peut être exercé que du vivant du constituant. Au décès de celui-ci, le trust devient irrévocable et ne peut prendre fin que s'il est dissout conformément aux règles de l'art. 529*u* AP-CO. Le fait que le trust ne puisse plus être révoqué après le décès du constituant permet de fixer la situation sur le plan fiscal (voir *ch. 1.1.4.4*). Le protecteur peut aussi se voir conférer le pouvoir de consen-

tir à certains actes du trustee, d'exiger les comptes du trust ou d'en ordonner la révision, ainsi que de remplacer le trustee ou lui désigner un successeur. Le protecteur peut également être autorisé à désigner un co-protecteur, à le remplacer ou à lui désigner un successeur. Toute personne physique ou morale peut être désignée comme protecteur. Elle ne doit pas avoir de qualifications particulières. Une personne ne peut cependant pas être à la fois protecteur et constituant ou trustee. Elle peut par contre être bénéficiaire du trust.

Tout comme le trustee et le constituant, le protecteur exerce ses pouvoirs personnellement et ne peut pas se faire représenter (*al. 2*). En cas d'empêchement ou d'incapacité du protecteur, un remplaçant doit être désigné conformément aux règles prévues à l'art. 529s AP-CO.

Selon l'*al. 3*, le protecteur exerce ses pouvoirs dans l'intérêt des bénéficiaires lorsque les dispositions de l'acte de trust ne prévoient pas autre chose. L'acte de trust peut notamment prévoir que le protecteur doive tenir compte de l'intérêt du constituant lorsque son pouvoir porte sur la révocation du trust ou le consentement à certains actes du trustee. Si le protecteur est également bénéficiaire, il doit tenir compte équitablement de l'intérêt de tous les bénéficiaires.

L'*al. 4* prévoit que lorsqu'il y a plusieurs protecteurs, leurs décisions sont en principe prises à la majorité absolue. Les dispositions de l'acte de trust peuvent cependant prévoir d'autres règles. Elles peuvent par exemple exiger une décision à l'unanimité, ce qui revient à accorder un droit de veto à chaque protecteur.

Art. 529g Pouvoirs et obligations du trustee / I. En général

L'*al. 1* décrit la mission générale du trustee qui est d'administrer, de gérer et de disposer des biens du trust conformément à l'acte de trust et aux dispositions légales.

En vertu de l'*al. 2*, le trustee est également habilité à agir en justice ainsi que dans les procédures de poursuite. Il agit alors en son nom.

L'*al. 3* institue une responsabilité personnelle du trustee pour toutes les obligations encourues en qualité de trustee. En principe, le trustee répond donc sur son patrimoine personnel des dettes grevant le patrimoine du trust. La responsabilité du trustee peut toutefois être exclue par une convention passée entre le trustee et le créancier. La responsabilité du trustee est illimitée. Toutefois, le trustee qui s'est acquitté d'une dette du trust a le droit de se faire rembourser par un prélèvement sur les biens du trust (art. 529o, al. 1, ch. 1 AP-CO). Lorsqu'il y a plusieurs trustees, ceux-ci répondent solidairement des dettes du trust, conformément à la règle prévue à l'*al. 5*.

En principe, le trustee est tenu d'exercer personnellement ses obligations (*al. 4*). Il est cependant autorisé à recourir à des auxiliaires ou à des substituts lorsque l'acte de trust le prévoit ou que les circonstances l'imposent, par exemple en cas d'empêchement temporaire qui ne justifierait pas de mettre un terme à ses fonctions.

La situation d'une pluralité de trustees est régie à l'*al. 5*. Selon cette disposition, les co-trustees ont la propriété commune de l'ensemble des biens du trust (*ch. 1*). Par conséquent, lorsqu'un co-trustee quitte ses fonctions, il perd sa part de communauté, ce qui entraîne un accroissement de celles des co-trustees restants. De façon similaire, lorsqu'un nouveau co-trustee entre en fonction, il devient membre de la communauté

constituée par l'ensemble des trustees. Lorsque le patrimoine du trust comprend des immeubles, le changement au sein de la communauté doit être inscrit au registre foncier, mais l'inscription n'a qu'une portée déclarative. En principe, les co-trustees prennent toutes leurs décisions à l'unanimité, mais l'acte de trust peut prévoir autre chose (*ch. 2*). Les co-trustees sont tenus solidairement des obligations résultant des clauses et de la loi (*ch. 3*). Il s'agit d'un cas de solidarité passive régi par les art. 143 à 149 CO. Les règles sur la propriété commune et la solidarité sont impératives et l'acte de trust ne peut y déroger. Il en va différemment de celle sur le mode de décision.

Art. 529h Obligations de diligence et de loyauté

L'al. 1 consacre le devoir de diligence et de loyauté du trustee à l'égard du ou des bénéficiaires du trust. Le constituant n'est pas visé par cette disposition. Le projet instaure un devoir de diligence et de loyauté du trustee analogue à celui prévu en droit des contrats pour le mandataire (art. 398 CO).

L'al. 2 dresse un catalogue des obligations impératives du trustee à l'égard des bénéficiaires, qui viennent concrétiser le devoir général de diligence et de loyauté consacré à l'al. 1:

- Le trustee est tenu d'agir conformément à l'acte de trust et à la loi, avec la *diligence attendue* (*ch. 1*). Il y a cependant une certaine objectivation du degré de diligence attendue du trustee, comme c'est le cas pour les administrateurs de sociétés.¹⁷⁴ Le degré de diligence attendu du trustee dépend ainsi de ses qualités personnelles et des qualifications attendues d'une personne exerçant sa profession. Il est donc plus élevé pour les trustees professionnels que pour les trustees non-professionnels. Pour les trustees qui exercent leurs fonctions à titre professionnel, les obligations fondées sur d'autres dispositions légales, notamment la législation sur les marchés financiers, s'appliquent en concours. Le devoir de confidentialité du trustee, envers les autres bénéficiaires du trust et envers les tiers, n'est pas expressément prévu dans le projet de loi, mais il peut être déduit de l'obligation générale de diligence et de loyauté du trustee.
- Lors de la constitution du trust, le trustee doit dresser un *inventaire* des actifs et des passifs formant le patrimoine du trust (*ch. 2*). L'inventaire permet de documenter l'attribution des biens au trust. Les actifs et passifs mentionnés dans l'inventaire sont considérés comme étant séparés du patrimoine personnel du trustee et faisant partie du patrimoine du trust. L'inventaire n'a pas d'effet constitutif. Cela signifie que le fait qu'un bien ne figure pas dans l'inventaire n'exclut pas qu'il ait été valablement affecté au trust, au moment de sa constitution. De même, la mention d'un bien dans l'inventaire ne permet pas de guérir une éventuelle violation des règles relatives à la constitution du trust (art. 529b AP-CO) ou du transfert de la propriété.
- Pendant la durée du trust, le trustee doit tenir une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine du trust. La comptabilité du trust doit être tenue conformément aux règles applicables aux entités visées à l'art. 957, al. 2 CO, à savoir aux entreprises individuelles, sociétés de personnes, asso-

¹⁷⁴ PETER/CAVADINI, CR-CO II, ad art. 717 n° 8.

ciations et fondations de faible importance économique. Il s'agit d'une comptabilité simplifiée. Elle doit permettre d'établir en tout temps l'état du patrimoine du trust et ainsi de pouvoir le distinguer du patrimoine personnel du trustee. L'acte de trust peut prévoir des exigences supplémentaires en la matière. Il convient de noter que pour les trustees soumis à la LBA, des règles comptables plus étendues peuvent être applicables en raison de la réglementation des marchés financiers (voir l'art. 32 OEFin).

L'al. 3 complète le catalogue des obligations du trustee par une liste de dispositions supplétives, auxquelles l'acte de trust peut déroger:

- Le *ch. 1* consacre le principe de l'*indépendance* du trustee à l'égard du constituant. Il s'agit d'une concrétisation de l'obligation d'agir dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires prévues à l'al. 1. La portée de ce principe peut également être limitée dans l'acte de trust qui peut réserver toute une série de prérogatives au constituant (voir art. 529e AP-CO), par exemple le pouvoir de consentir à certains actes du trustee.
- Le trustee doit *éviter les conflits d'intérêts* et s'abstenir de tirer des avantages non autorisés de sa fonction (*ch. 2*). En cas de violation de cette règle, il peut être tenu à restitution, conformément à la règle de l'art. 529p AP-CO. Les principes du droit des sociétés relatifs aux conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration s'appliquent par analogie au trustee. Il peut arriver que l'existence de conflits d'intérêts chez le trustee soit inhérente à la situation voulue par le constituant. C'est par exemple le cas lorsque le trustee est également bénéficiaire du trust. Il appartient alors au constituant de prévoir, dans l'acte de trust, les mécanismes permettant de limiter les conséquences d'un tel conflit. Il peut notamment désigner des co-trustees ou des protecteurs chargés de consentir aux prestations faites au trustee.
- Le trustee doit agir avec *impartialité* envers les différents bénéficiaires et tenir compte équitablement de leurs intérêts (*ch. 3*). Le principe de l'impartialité n'est pas enfreint lorsqu'une différence de traitement se justifie pour des raisons objectives ni lorsqu'elle a été voulue par le constituant et qu'elle résulte des dispositions de l'acte de trust. Celles-ci peuvent donc prévoir des prestations de montant et de nature différents pour les bénéficiaires. La violation du principe d'impartialité peut, selon les circonstances, constituer une violation grave des obligations du trustee et constituer un motif fondant le droit du bénéficiaire lésé à demander sa révocation (art. 529t, al. 2, AP-CO).
- En vertu du principe de ségrégation inhérent à la définition du trust (voir art. 529a, al. 1, AP-CO), le trustee doit tenir les biens du trust séparés de son patrimoine personnel (*ch. 4*).
- En ce qui concerne la gestion du patrimoine du trust, le trustee est tenu par un devoir de diligence et de prudence. Il doit *investir* les avoirs disponibles dans l'intérêt des bénéficiaires (*ch. 5*). Des politiques d'investissements plus risquées ou dictées par d'autres principes sont possibles pour autant qu'elles soient autorisées par l'acte de trust.

Art. 529i Obligation de rendre compte du trustee et droit à l'information des bénéficiaires

L'al. 1 impose au trustee une obligation de rendre compte de sa gestion du trust analogue à celle du mandataire (voir art. 400 CO). Les principaux destinataires de cette obligation sont les bénéficiaires. Ceux-peuvent par exemple demander à consulter la comptabilité du trust. Les informations délivrées doivent leur permettre de faire valoir leurs droits et d'exercer un contrôle sur les activités du trustee. Le trustee doit aussi rendre compte de sa gestion auprès des éventuels co-trustees et protecteurs, ainsi que du constituant, pour autant que l'acte de trust le prévoit.

En principe, les bénéficiaires ont le droit d'être informés de leurs droits et attentes résultant de l'acte de trust (al. 2). L'avant-projet ne contient pas de clauses qui exigeraient expressément du trustee qu'il recherche activement les bénéficiaires pour leur délivrer une information spontanée. En principe, le trustee n'est tenu de fournir que les renseignements qui lui sont spécifiquement demandés. On peut néanmoins déduire de son devoir général de diligence et de loyauté, ainsi que de son obligation d'impartialité (art. 529h, al. 1 et 3, ch. 3, AP-CO), que le trustee est tenu de prendre les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour contacter les bénéficiaires désignés dans l'acte de trust.

Le droit à l'information des bénéficiaires peut être limité dans l'acte de trust, mais il ne peut être totalement exclu. Dans tous les cas, les renseignements nécessaires à l'exercice des droits du bénéficiaire doivent être fournis. L'al. 3 précise à quelles conditions les renseignements peuvent être refusés. Premièrement, l'acte de trust peut prévoir de justes motifs autorisant le trustee à refuser les renseignements. A titre d'exemple de justes motifs, on peut citer le jeune âge. Les dispositions de l'acte de trust peuvent ainsi prévoir qu'un bénéficiaire ne sera informé de l'existence du trust et des droits qu'il lui confère que lorsqu'il aura atteint un âge donné. Deuxièmement, les renseignements peuvent être refusés lorsqu'ils compromettent les intérêts légitimes d'autres bénéficiaires. Un trustee pourrait ainsi, pour des raisons de confidentialité, s'opposer à la divulgation d'informations détaillées sur les prestations versées à d'autres bénéficiaires.

Le tribunal peut aussi être saisi par le trustee en cas de doute sur les informations à communiquer au bénéficiaire (art. 529v, al. 1, AP-CO). En cas de refus de la part du trustee, le bénéficiaire peut demander au tribunal de statuer sur la demande de renseignements dans le cadre d'une procédure sommaire (voir art. 250, let. b, ch. 12, AP-CPC).

Art. 529j Obligations d'identification et de documentation

Cette disposition impose au trustee de vastes devoirs d'identification et de documentation et veille à ce que les autorités compétentes puissent accéder aux informations sur les ayants droit économiques du trust. Elle entend éviter que ce dernier ne soit utilisé abusivement pour le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme ou la soustraction d'impôt. La disposition proposée a pour but de répondre aux normes internationales sur la transparence qui ont été définies par le GAFI et le Forum mondial (voir ch. 3.3). En cas d'évolution des standards internationaux, la proposition devra être adaptée pour répondre aux nouvelles exigences de transparence (voir ch. 3.3 et 3.4).

En même temps, les prescriptions de la LBA (art. 4 ss) continuent de s'appliquer telles quelles aux trustees qui sont assujettis à la législation sur les marchés financiers.

D'après l'*al. 1*, le trustee doit, avec la diligence requise, identifier les constituants, les trustees, les protecteurs, les bénéficiaires ou catégories de bénéficiaires ainsi que de toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur le trust. Il doit aussi vérifier leur identité. Cette formulation tient compte du fait qu'un trust n'a pas d'ayant droit économique au sens habituellement utilisé pour les personnes morales. La norme du GAFI se fonde sur l'hypothèse que toutes les personnes participant au trust sont considérées comme des ayants droit économiques qui doivent être identifiés en conséquence et dont l'identité doit être vérifiée. En vertu de cette norme et des critères de référence du Forum mondial, tous les constituants, trustees, protecteurs ou bénéficiaires sont toujours des personnes exerçant le contrôle, tout comme celles qui détiennent le contrôle effectif du trust (*practical control over the trust*), la définition de «personne exerçant le contrôle» correspondant à celle des recommandations du GAFI. Le trustee est donc explicitement tenu d'identifier tous les ayants droit économiques potentiels qui relèvent de ces personnes.

Par ailleurs, l'*al. 2* contraint le trustee à recueillir les informations élémentaires sur les institutions bancaires, financières et d'assurance, ainsi que sur les comptables, les conseillers fiscaux, les conseillers en placement, les gestionnaires de fortune et les autres prestataires qui ont des relations d'affaires avec le trust. Cette obligation découle du critère 25.1(b) de la méthodologie du GAFI. On s'assure ainsi que chaque trustee (qu'il soit ou non assujetti aux lois sur les marchés financiers) détient à tout moment des informations élémentaires sur les autres agents et prestataires réglementés qui sont en relation d'affaires avec le trust. Dans la plupart des cas, il devrait s'agir d'informations dont le trustee doit disposer pour des questions pratiques, sous peine de ne pas pouvoir exécuter correctement ses obligations. Par agents et prestataires réglementés, on entend les personnes physiques ou morales qui sont assujetties au droit des marchés financiers et dont l'activité est soumise à une obligation d'autorisation et/ou à une surveillance (au sens large). Concrètement, il s'agit des intermédiaires financiers selon ce droit (p. ex. banques, établissements financiers et assurances) ainsi que des DNFBP, telles que les conseillers en placement, les gestionnaires de fortune, les auditeurs, les conseillers fiscaux ou les prestataires de services aux sociétés et fiducies (*trust and company service providers*, TCSP), qui fournissent au trust, à la demande du trustee, des prestations convenues contractuellement dans le cadre des relations d'affaires et doivent ainsi en assurer le fonctionnement. Cela englobe des services liés, par exemple, à la gestion de la fortune du trust, à la tenue de sa comptabilité ou, de manière générale, à la préparation ou à l'exécution de ses actes juridiques. Les activités qui n'ont aucun lien direct avec l'administration du trust ou de sa fortune ne devraient dès lors pas contraindre le trustee à obtenir des informations (p. ex. avocat représentant le trustee dans un litige). En revanche, un avocat qui fournit des prestations de conseil en relation avec l'imposition du trust est considéré comme une DNFBP dont le trustee doit collecter les informations élémentaires. Contrairement aux ayants droit économiques selon l'*al. 1*, l'*al. 2* n'exige ni identification ni vérification formelles de l'identité de ces personnes physiques ou morales. Ces informations servent uniquement à déterminer les agents et prestataires auxquels le trustee a demandé, dans le cadre de l'administration du trust, d'exécuter des activités contribuant à son fonctionnement.

Selon l'*al.* 3, les informations sur les ayants droit économiques éventuels au sens de l'*al.* 1 que le trustee doit collecter comprennent les nom et prénom, date de naissance, nationalité et adresse du domicile de la personne physique ou la raison sociale et l'adresse du siège de la personne morale, ainsi que la fonction que ces personnes occupent dans le trust (constituant, protecteur, trustee, bénéficiaire, etc.). Seules des personnes physiques peuvent être des bénéficiaires effectifs au sens des recommandations du GAFI et des prescriptions du Forum mondial. Si une personne morale ou une société de personnes figurent parmi les personnes énoncées à l'*al.* 1, le trustee doit recueillir les informations sur les personnes physiques qui la contrôlent. Cela vaut en particulier pour le *corporate trustee*, c'est-à-dire une personne morale qui agit en tant que trustee d'un trust. Les informations élémentaires relatives aux agents et prestataires selon l'*al.* 2 regroupent les nom et prénom ou la raison sociale des agents et prestataires, leur adresse commerciale ou celle de leur siège, ainsi que la fonction qu'ils exercent pour le trust dans le cadre de leur relation d'affaires (p. ex. conseiller en placement, conseiller fiscal).

L'*al.* 4 précise les informations qui doivent être recueillies par le trustee lorsque l'acte de trust désigne des catégories de bénéficiaires. Dans ce cas, le trustee doit uniquement identifier les critères qui permettent d'établir la qualité de bénéficiaire. En principes, ces critères doivent être mentionnés dans l'acte de trust (voir art. 529c, al. 1, AP-CO).

Pour garantir la traçabilité, le trustee doit, en vertu de l'*al.* 5, documenter les informations qu'il a recueillies selon les al. 1 à 3. Il peut gérer cette documentation à l'aide d'un registre ou de toutes autres mesures. Il lui appartient de décider de la manière dont il détient les informations dans les circonstances en vigueur, tant que la conservation et l'accès aux documents sont garantis conformément à l'*al.* 6. Le trustee doit vérifier périodiquement si la documentation est encore d'actualité et la mettre à jour si nécessaire.

En vertu de l'*al.* 6, le trustee doit conserver les documents de telle sorte que l'on puisse y accéder en tout temps dans le pays de son domicile ou siège pendant une période de cinq ans à compter de la fin d'exercice de sa fonction. Cette obligation de conservation a pour but de permettre aux autorités ou tribunaux compétents d'accéder en tout temps aux informations détenues par le trustee et à sa documentation. Il faut noter qu'un délai de conservation de dix ans s'applique aux trustees soumis à la LBA (art. 7, al. 3, LBA). Le trust de droit suisse étant une construction juridique qui peut également être utilisée à l'étranger sans lien avec la Suisse, c'est-à-dire notamment avec un trustee sis à l'étranger, il faut s'assurer que l'on puisse avoir accès aux informations et à la documentation dans le pays de domicile ou de siège du trustee. Même s'il est fait appel à cette fin aux services d'un prestataire domicilié en Suisse, le trustee demeure responsable des informations et de la documentation, quel que soit son domicile ou siège. Il doit les conserver cinq ans après la fin d'exercice de sa fonction de trustee, conformément aux dispositions des normes du GAFI et de l'OCDE sur la conservation des documents.

Art. 529k Responsabilité

Selon l'*al. 1*, le trustee répond du dommage qu'il cause au patrimoine du trust ou aux bénéficiaires par un manquement à ses obligations. Sa responsabilité est régie par les règles sur les effets de l'inexécution des obligations (art. 97 à 101 CO). Une responsabilité extracontractuelle ou reposant sur d'autres fondements reste réservée. Les principes généraux de la responsabilité civile s'appliquent à la responsabilité du trustee, notamment les conditions de la responsabilité, à savoir la violation d'un devoir, la faute, le dommage et rapport de causalité. Conformément au principe consacré à l'art. 99 CO, le trustee répond de toute faute. Une négligence légère suffit pour engager sa responsabilité. Il répond également du dommage causé par ses auxiliaires (art. 101 CO). L'acte de trust peut exonérer le trustee de sa responsabilité dans les limites fixées aux art. 100 et 101 CO. Le trustee ne peut cependant pas être libéré d'avance de sa responsabilité en cas de dol ou de faute grave de ses auxiliaires. Sur ce point, l'avant-projet déroge à la règle générale de l'art. 101, al. 2, CO, qui permet d'exclure la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires en cas de dol ou de faute grave et dont la pertinence est remise en cause par la doctrine.¹⁷⁵

L'action prévue par cette disposition tend au paiement de dommages-intérêts au patrimoine du trust (*al. 2*). Elle constitue l'équivalent de l'action sociale prévue en droit des sociétés (art. 754 CO) et est rendue nécessaire par l'absence de personnalité morale du trust et son incapacité à exercer les droits civils. Le trust ne pouvant pas agir en justice pour réclamer la réparation du dommage causé à son patrimoine, l'action doit être introduite par un autre trustee, un protecteur ou un bénéficiaire. Pour autant qu'il s'en soit réservé le droit dans l'acte de trust, le constituant peut également introduire l'action. Ces prétentions en responsabilité sont soumises au délai de prescription de dix ans de l'art. 127 CO.

Art. 529l Patrimoine du trust / I. En général

Conformément à l'*al. 1*, le trustee est propriétaire des biens affectés au trust. Celui-ci doit administrer, gérer et disposer des biens du trust conformément à l'acte de trust et à la loi (art. 529g, al. 1, AP-CO). La propriété du trustee est restreinte par le droit de suite consacré à l'art. 529q AP-CO, qui permet d'obtenir la restitution au patrimoine du trust d'un bien cédé indûment.

Les biens du trust peuvent comprendre des choses, des créances et d'autres droits et valeurs patrimoniales. Au moment de leur affectation, ces biens doivent être déterminés ou objectivement déterminables. Ils ne doivent cependant pas nécessairement être chiffrés. Le constituant peut ainsi instituer le trustee comme héritier. Il est également possible d'affecter tout un patrimoine au trust, avec des actifs et des passifs, comme c'est le cas pour les fondations. Dans ce cas, il faut cependant que les actifs soient supérieurs aux passifs.¹⁷⁶

Les biens du trust comprennent les biens affectés au trust au moment de sa constitution ou ultérieurement, par le constituant ou par un tiers, auxquels viennent s'ajouter leurs revenus, leurs accroissements et tous les biens acquis en remploi d'autres biens

¹⁷⁵ THÉVENOZ, CR-CO I, ad art. 101 n° 38.

¹⁷⁶ VEZ, CR-CC I, art. 80 n° 17.

du trust. Cette disposition concrétise des principes analogues à ceux prévus dans les dispositions du code civil consacrées aux régimes matrimoniaux. Ainsi, le patrimoine du trust profite des revenus produits par les biens qui le composent ainsi que de leurs accroissements, à savoir des plus-values conjoncturelles prises par ces biens. Par ailleurs, conformément au principe de la subrogation patrimoniale, un bien acquis au moyen d'un bien du trust remplace le bien aliéné dans le patrimoine du trust.¹⁷⁷

L'affectation des biens au moment de la constitution du trust doit respecter les formes prévues à l'art. 529a, al. 2, AP-CO pour les différentes formes de constitution (déclaration écrite ou disposition pour cause de mort). Les affectations faites ultérieurement par le constituant ou par des tiers ne sont quant à elles soumises à aucune règle de forme spéciale. L'al. 3 précise cependant que lorsque le constituant est lui-même le trustee, l'affectation au trust des biens dont il est propriétaire nécessite qu'ils soient mentionnés précisément dans une déclaration écrite.

Art. 529m Inscription dans un registre

Lorsqu'un bien du trust est enregistré dans un registre public, le trustee a l'obligation de faire mentionner l'existence du lien avec le trust. Concrètement, le trustee doit déposer une réquisition en vue de l'inscription du lien avec le trust dans le registre, en respectant les conditions prévues dans la réglementation applicable (pour les immeubles, celles du registre foncier par exemple). Les registres publics visés sont notamment le registre foncier, le registre des bateaux et le registre des aéronefs et les différents registres relatifs aux droits de propriété intellectuelle (marques, brevets, etc.).¹⁷⁸ L'obligation concerne en principe aussi bien les registres en Suisse qu'à l'étranger. Reprenant la règle prévue actuellement à l'art. 149d LDIP, l'avant-projet précise expressément que le lien avec le trust ne peut être opposé aux tiers de bonne foi que s'il a fait l'objet d'une mention dans le registre. A défaut, le bien est présumé appartenir au patrimoine personnel du trustee. La mention est donc nécessaire pour préserver l'intégrité du patrimoine du trust et protéger l'intérêt des bénéficiaires.

L'avant-projet ancre ainsi dans le code des obligations la base légale qui doit permettre de faire inscrire le lien avec un trust constitué selon le droit suisse dans les différents registres publics. Ces registres sont les mêmes que ceux actuellement visés par l'art. 149d LDIP: registre foncier, registre des bateaux, registre des aéronefs et registres relatifs aux droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne le registre foncier, la règle est également reprise à l'art. 962b AP-CC. L'avant-projet renonce à l'ajouter dans les différentes lois qui régissent les autres registres publics. Ces dernières n'ont pas été modifiées suite à l'adoption de l'art. 149d LDIP. Une adaptation des différentes lois spéciales ne paraît donc pas indispensable. Elle pourrait néanmoins être envisagée lors des prochaines révisions desdites lois (voir ci-dessous ch. 5.2.2). A noter que l'art. 149d LDIP est maintenu et continuera à s'appliquer pour l'inscription dans les registres publics des liens avec des trusts étrangers.

¹⁷⁷ STEINAUER, CR-CC I, art. 196 n° 4.

¹⁷⁸ Voir art. 58 ORF; Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, Instructions aux offices du registre foncier, 1er juillet 2009, ch.33; THOMAS MAYER, Die Eintragung des Trusts in das schweizerische Handelsregister, AJP/PJA, 5/2017, p. 653 ss.

Art. 529n *Droits des tiers sur le patrimoine du trust*

Selon l'*al. 1*, les biens du trust et les dettes qui les grèvent forment un *patrimoine séparé* du patrimoine personnel du trustee. Le patrimoine du trust n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du trustee. Cela signifie que les biens du trust ne doivent pas être pris en compte lors de la liquidation du régime matrimonial et que le trustee ne peut pas en disposer dans sa succession.

L'*al. 2* fixe les règles relatives à la responsabilité patrimoniale du trust. En vertu de cette disposition, les actifs du trust ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de trust et de celles encourues dans l'exécution régulière du trust. Les actifs du trust sont soustraits à l'exécution forcée pour toute autre obligation. Cette règle correspond et s'ajoute à celle déjà prévue à l'art. 284b LP, actuellement pour les trusts selon le droit étranger, selon laquelle, dans la faillite d'un trustee, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine. Cela signifie que seules les dettes contractées par le trustee conformément à ses obligations viennent grever le patrimoine du trust. Les biens du trust répondent des engagements régulièrement contractés par le trustee en cette qualité. Ils répondent également lorsque le trustee a une créance personnelle contre le trust. Si le trustee a agi en violation de la loi ou de l'acte de trust, le patrimoine du trust n'est pas engagé. Dans ce cas, les créanciers ne peuvent faire valoir leurs droits que contre le trustee personnellement et ne peuvent pas être remboursés par un prélèvement sur la fortune du trust.

Art. 529o *Droits du trustee sur le patrimoine du trust*

L'*al. 1* précise dans quelles situations le trustee peut, sous réserve de dispositions contraires dans l'acte de trust, faire valoir des droits sur le patrimoine du trust. Selon les *ch. 1 et 2*, le trustee a droit au *remboursement* des avances faites et des frais encourus dans l'exécution de sa fonction ainsi qu'à la *libération* des obligations contractées en sa qualité de trustee. Le projet prévoit ici une règle analogue à celle du contrat de mandat (art. 402 CO). Le droit au remboursement n'existe que si le trustee a agi conformément à l'acte de trust et à la loi. Par conséquent, le trustee qui contracte des obligations en violation de son devoir de diligence ou effectue des dépenses injustifiées ne peut prétendre au remboursement.

Une *rémunération appropriée* est due au trustee lorsque l'acte de trust ne prévoit pas autre chose (*ch. 3*). Sur ce point, le projet se distancie des règles du contrat de mandat (art. 394, al. 3, CO), la présomption de gratuité ne correspondant plus à la réalité actuelle.¹⁷⁹ En l'absence de règle dans l'acte de trust fixant le montant ou les critères de rémunération du trustee, celle-ci doit être fixée en tenant compte des circonstances du cas particulier et être objectivement proportionnée aux prestations fournies. Elle doit notamment tenir compte du temps employé, de la complexité des opérations effectuées, de l'étendue et de la durée de la mission, ainsi que des responsabilités que celle-ci entraîne. Le trustee peut prélever lui-même le montant de son indemnité sur le patrimoine du trust. Le montant ou le mode de calcul de la rémunération peut être fixé dans l'acte de trust.

¹⁷⁹ WERRO, CR-CO I, art. 394 n° 38.

Le trustee a droit à l'*indemnisation* pour le dommage subi sans sa faute dans l'exécution régulière de ses fonctions (*ch. 4*). Il bénéficie ainsi d'un traitement analogue à celui du gérant d'affaire (art. 422 CO), alors même qu'il agit à titre onéreux. Le patrimoine du trust répond dès lors des risques de l'administration et de la gestion du trust pour autant que le trustee ait agi avec diligence. Le trustee qui a commis une faute ne peut pas prétendre au versement d'une indemnisation.

Selon l'*al. 2*, le trustee peut exercer un droit de rétention ou de compensation sur les biens du trustee pour les prétentions fondées sur cette disposition.

Art. 529p Obligation de restitution du trustee

Le trustee doit restituer au patrimoine du trust tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou en rapport avec l'exécution de sa fonction, à quelque titre que ce soit (*al. 1*). Cette disposition prévoit une action en restitution et en remise de gain analogue à celle qui existe dans le contrat de mandat (art. 400 CO) et dans la gestion d'affaire (art. 423 CO). Elle vise à éviter que le trustee ne puisse s'enrichir au détriment des bénéficiaires.

L'*al. 2* prévoit une règle spéciale pour le cas où un même trustee serait à la tête de plusieurs trusts et que, en violation de ses devoirs, il utiliserait le patrimoine de l'un au profit d'un autre. Le patrimoine lésé a alors droit à la restitution de la contribution prélevée sur ses biens, en nature ou en valeur selon les circonstances, ainsi qu'à une éventuelle part à la plus-value. Cette disposition déroge ainsi aux principes valables en matière d'enrichissement illégitime: la restitution est due même si l'autre patrimoine n'est plus enrichi et elle permet au patrimoine lésé d'obtenir plus que son appauvrissement. Cette réglementation, qui s'inspire de celles qui existent dans les pays du trust, présente certaines analogies avec le mécanisme de récompense du droit matrimonial.¹⁸⁰ Elle complète l'obligation du trustee de restituer les biens et avantages qu'il aurait acquis ou reçus à l'occasion de l'exercice de sa fonction (*al. 1*) ainsi que les dispositions sur le droit de suite (art. 529q AP-CO) qui ne s'applique qu'en cas d'aliénation d'un bien du trust à un tiers.

Art. 529q Droit de suite

Cet article confère un droit de suite sur les biens du trust aliénés par le trustee en violation de l'acte de trust ou de la loi (*al. 1*). Il permet d'obtenir la restitution au patrimoine du trust du bien ou de son subrogat. Le droit de suite est régi par les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 à 67 CO). D'autres prétentions fondées sur le code des obligations sont expressément réservées. On pense notamment à la réglementation sur la responsabilité délictuelle, aux contrats ou encore à la gestion d'affaires sans mandat. L'avant-projet prévoit ici un système analogue à celui qui existe dans la réglementation sur les titres intermédiés (voir art. 29 LTI).

Selon l'*al. 2*, le droit de suite peut être exercé par un autre trustee, un protecteur et chaque bénéficiaire. Si l'acte de trust le permet, il peut également être exercé par le constituant.

¹⁸⁰ Art. 206 et 209 CC.

Le droit de suite peut être dirigé contre tout acquéreur d'un bien du trust, quel que soit le mode d'acquisition. L'acquéreur de bonne foi est cependant protégé, pour autant qu'il ait acquis le bien à titre onéreux (*al.* 3). Le droit de suite s'éteint à son encontre ainsi que contre tout acquéreur subséquent. L'acquéreur à titre gratuit n'est quant à lui pas protégé, son intérêt cédant le pas devant celui des bénéficiaires à la préservation du patrimoine du trust – contrairement au principe général posé à l'art. 933 CC, mais conformément à ce que prévoit l'art. 29, al. 1, LTI.

L'action en restitution se prescrit selon les règles de l'art. 67 CO (délai relatif de trois ans et absolu de dix ans).

Art. 529r Menace d'insolvabilité et de surendettement

Le projet prévoit en cas de menace d'insolvabilité et de surendettement du trust un régime analogue à celui applicable aux fondations, qui lui-même renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme.¹⁸¹ En cas d'insolvabilité, le trustee a en particulier l'obligation d'élaborer un plan de trésorerie, selon les règles de l'art. 725 CO. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses d'admettre que le trust est surendetté, la procédure décrite à l'art. 725b CO doit être suivie. Le trustee doit alors dresser des comptes intermédiaires et les soumettre à la vérification d'un réviseur agréé. Si le surendettement est confirmé, le trustee est tenu d'en aviser le tribunal. L'avis peut se faire sous la forme d'une demande de sursis concordataire provisoire ou d'ouverture de la faillite. La possibilité pour le trustee de renoncer à aviser le juge lorsque les conditions de l'art. 725b, al. 4, CO sont remplies demeure réservée.

Art. 529s Remplacement du trustee ou du protecteur

L'*al.* 1 énumère les situations où les fonctions du trustee ou du protecteur prennent fin. C'est premièrement le cas lorsqu'il démissionne (*ch.* 1). La démission n'est soumise à aucune exigence de forme. Elle doit être portée à la connaissance d'un trustee ou d'un protecteur ou à défaut, d'un bénéficiaire ou du tribunal, pour qu'un remplaçant puisse être désigné lorsque cela est nécessaire. La fonction du trustee ou du protecteur prend également fin lorsqu'il devient insolvable (*ch.* 2), qu'il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable de l'exercer (*ch.* 3) ou qu'il décède (*ch.* 4). À côté des motifs énumérés dans le projet de loi, l'acte de trust peut prévoir d'autres causes de résiliation des fonctions du trustee ou du protecteur. Elles peuvent notamment fixer une durée de fonction déterminée ou conférer au constituant, aux bénéficiaires ou à un protecteur le droit d'y mettre fin.

L'*al.* 2 confère à tout bénéficiaire le droit de demander au tribunal la révocation du trustee ou du protecteur qui enfreint gravement ses obligations. La révocation peut également être demandée par un autre trustee ou protecteur. En dehors de ce cas de figure, les bénéficiaires ne peuvent en principe pas démettre un trustee ou un protecteur de ses fonctions. L'acte de trust peut cependant en disposer autrement.

Le remplacement du trustee ou du protecteur à la fin de ses fonctions est régi par l'*al.* 3. En règle générale, le remplaçant est désigné conformément aux dispositions de

¹⁸¹ Voir les art. 84a CC et 725 et 725b CO, modifiés dans le cadre de la révision du 19 juin 2020 du droit de la société anonyme.

l'acte de trust. Celles-ci peuvent par exemple confier à un «*appointor*» le choix du remplaçant. En cas de pluralité de trustees ou de protecteurs, elles peuvent également renoncer à la désignation d'un remplaçant. Lorsque l'acte de trust ne règle pas la question, le nouveau trustee ou protecteur doit être désigné par le tribunal.

Selon l'*al. 4*, le transfert du patrimoine du trust entre l'ancien trustee et son successeur nécessite un contrat écrit. Le transfert des actifs et des passifs peut prendre la forme d'une cession de patrimoine soumis aux règles de l'art. 181 CO. Les dispositions de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion ne s'appliquent pas au transfert du patrimoine du trust, même lorsque l'ancien trustee ou son successeur sont des personnes morales inscrites au registre du commerce. Conformément aux règles applicables à la cession de patrimoine, les actifs du trust doivent être transférés selon les modalités qui lui sont propres. Le transfert des immeubles nécessite ainsi un acte en la forme authentique ainsi qu'une inscription au registre foncier. En ce qui concerne les dettes liées au patrimoine du trust, leur transfert se produit dès la communication de la reprise aux créanciers et sans que leur consentement ne soit requis (art. 181, al. 1, CO). L'ancien trustee reste cependant solidairement obligé pendant trois ans avec son remplaçant (art. 181, al. 2, CO). En principe, le transfert du patrimoine du trust se fait dans le cadre d'une succession à titre singulier. L'avant-projet prévoit cependant un cas de succession universelle dans la situation particulière où le trustee est une personne physique qui décède sans laisser de co-trustees. Le patrimoine du trust est alors transféré de plein droit au successeur au jour du décès du trustee. Le patrimoine du trust ne tombe donc pas dans la succession du trustee, conformément à la règle de l'art. 529n, al. 1, AP-CO. L'intervention des héritiers du trustee décédé n'est pas nécessaire pour permettre le transfert du patrimoine du trust, qui s'en trouve facilité. Le transfert de plein droit a également lieu lorsque le nouveau trustee n'est pas encore connu au jour du décès de son prédécesseur. Dans une telle situation, le patrimoine du trust ne tombe pas dans la succession du trustee défunt. La propriété des biens sera acquise au successeur dès qu'il aura été désigné conformément à l'al. 3.

Art. 529t Pouvoirs de modification et de dissolution / I. Modification

L'*al. 1* prévoit la possibilité de conférer au constituant, au trustee ou à un protecteur le pouvoir de modifier les dispositions de l'acte de trust. Cette faculté correspond à ce qui est généralement prévu par les droits étrangers du trust. Elle constitue une différence fondamentale avec les fondations, lesquelles sont régies par le principe de l'immutabilité (*Erstarrungsprinzip*).¹⁸² Le pouvoir de modification peut porter sur l'ensemble des dispositions de l'acte de trust ou être limité à certaines clauses déterminées. Son exercice peut être libre ou être soumis au respect de certaines conditions. Le projet de loi ne fixe aucune limite au pouvoir de modification. Par conséquent, si l'acte de trust le permet, les modifications peuvent porter sur des éléments essentiels de l'acte de trust. A titre d'exemple, le texte légal mentionne la modification des dispositions relatives aux bénéficiaires, à la loi applicable et au for ou à la compétence d'un tribunal arbitral. Une telle modification n'est donc pas assimilable à une révocation du trust, respectivement à la constitution d'un nouveau trust. En ce qui concerne le pouvoir de modification du for, il sied de constater que la possibilité offerte par

¹⁸² GRÜNINGER, Commentaire bâlois, art. 88/89 CC n° 2.

l'avant-projet correspond à la solution retenue à l'art. 149*b*, al. 1, LDIP, qui prévoit la possibilité pour le constituant de déléguer le choix du for à un tiers, tel le trustee ou le protector.¹⁸³

Selon l'*al.* 2, toute modification des dispositions de l'acte de trust doit être faite en la forme écrite. Lorsque le trust est constitué du vivant du constituant en la forme écrite (art. 529*a*, al. 2), cette règle ne fait que reprendre le principe général du parallélisme des formes, consacré à l'art. 12 CO, qui veut que lorsque la loi soumet la conclusion d'un acte à des exigences de forme, celles-ci s'appliquent également à toute modification essentielle de l'acte. Elle permet de déroger à ce principe lorsque le trust a été constitué par une disposition pour cause de mort. Dans ce cas également, une modification des dispositions de l'acte de trust requiert le respect de la forme écrite.

Art. 529u Dissolution

Selon l'*al.* 1, le trust est dissous au terme ou aux conditions fixées dans l'acte de trust ou lorsqu'il n'existe plus de bénéficiaires, mais au plus tard 100 ans après sa constitution. Le trust est donc créé pour une durée déterminée qui est en principe fixée dans l'acte de trust et qui ne peut excéder 100 ans. Lorsque l'acte de trust ne contient pas de règle permettant d'établir la durée du trust, celui-ci prend fin de plein droit à l'échéance de la durée maximale de 100 ans. La limitation de la durée du trust le distingue de la fondation. Elle constitue une des caractéristiques du trust de droit anglo-saxon (voir ci-dessus ch. 1.1.2). Elle peut être fixée de manière absolue ou en utilisant d'autres mécanismes, notamment par le recours à des conditions résolutoires liées à une durée maximale. La durée maximale commence à courir à compter de la constitution effective du trust, à savoir à partir du moment où les conditions fixées à l'art. 529*b* AP-CO sont remplies. Le moment de la rédaction de l'acte de trust n'est pas déterminant. Lorsque l'acte de trust le permet, la durée initiale peut être prolongée, mais pas au-delà de la durée maximale de 100 ans.

Le trust peut prendre fin pour d'autres causes que celles mentionnées dans cet article. Ainsi, l'acte de trust peut conférer un droit de révocation ou de dissolution au constituant ou à un protecteur (voir art. 529*e*, al. 1, ch. 1, et 529*f*, al. 1, AP-CO).

L'*al.* 2 autorise la dissolution anticipée du trust par les bénéficiaires. Une telle dissolution n'est possible que si tous les bénéficiaires sont déterminés et consentent à la résiliation. Par ailleurs, l'acte de trust peut réserver le consentement du constituant à la dissolution. Sous cette réserve, elles ne doivent pas durcir les conditions d'une dissolution par les bénéficiaires. La dissolution anticipée nécessite l'accord de tous les bénéficiaires en la forme écrite. Même si l'accord du trustee n'est pas requis, la décision de dissolution doit lui être notifiée afin qu'il puisse prendre les mesures nécessaires à la liquidation du patrimoine du trust. En principe, l'intervention du tribunal n'est pas requise. Cependant, en cas de doute sur les conditions d'une dissolution, le tribunal peut être saisi sur la base de l'art. 529*v* AP-CO.

Conformément à l'*al.* 3, le patrimoine du trust doit être liquidé à la fin du trust. Les dettes du trust doivent être acquittées et les biens restants distribués conformément aux dispositions de l'acte de trust. Celles-ci peuvent prévoir une distribution aux

¹⁸³ Message CLHT, p. 600 s.; GUILLAUME, CR-LDIP, art. 149*b* n° 12.

bénéficiaires du trust ou à une œuvre d'utilité publique. En l'absence de règles dans l'acte de trust, le trustee décidera de la distribution du bénéfice de liquidation, en tenant compte de l'intérêt des bénéficiaires (art. 529*h*, al. 1, CO). Il peut saisir le tribunal sur la base de l'art. 529*v* CO pour faire valider son projet de distribution.

La liquidation a en principe lieu par les soins du trustee. En cas de faillite, la liquidation se fait par l'administration de la masse, en conformité des règles de la faillite. Les règles applicables à la liquidation des personnes morales ne s'appliquent pas à la liquidation du trust. Il n'y a notamment pas d'obligation de faire un appel aux créanciers au sens de l'art. 742 CO. La responsabilité personnelle du trustee pour les dettes du trust (art. 529*g*, al. 3, AP-CO) protège de façon satisfaisante les intérêts des créanciers. Il n'est dès lors pas nécessaire de prévoir, dans la procédure de liquidation du trust, des règles de protection supplémentaire du type de celles applicables aux personnes morales.

Art. 529v Procédure / I. Interventions du tribunal

En vertu de l'*al. 1*, le tribunal peut être saisi pour vérifier la conformité avec l'acte de trust et la loi d'un acte envisagé par le trustee, lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée d'une obligation ou d'un droit qui lui est conféré. L'action est également ouverte au constituant et au protecteur. Ainsi, lorsque le trustee, le constituant ou le protecteur ont un doute sur l'application d'une règle contenue dans les dispositions de l'acte de trust, ils peuvent demander au tribunal la confirmation d'un acte envisagé avant de prendre une décision. Cela leur permet d'exclure un cas de responsabilité ultérieure.

L'*al. 2* prévoit la possibilité de demander une modification des dispositions de l'acte de trust lorsque les modifications sont commandées par des motifs objectivement justifiés et qu'elles ne lèsent pas les droits de bénéficiaires ou de tiers. Aux mêmes conditions, le tribunal peut être saisi d'une demande en dissolution du trust. L'acte de trust peut restreindre la possibilité d'une modification par le tribunal, mais il ne peut pas l'exclure totalement. Une modification doit dans tous les cas rester possible lorsqu'elle est nécessaire pour conserver le patrimoine du trust ou pour maintenir son but ou lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que le trust ne répond manifestement plus aux intentions du constituant (art. 85 et 86 CC par analogie).

Selon l'*al. 3*, le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires sont invités à se déterminer dans les cas visés aux al. 1 et 2 de cet article (interventions du tribunal), ainsi qu'aux art. 529*b*, al. 2 (désignation du trustee en cas de constitution pour cause de mort) et 529*s*, al. 2 et 3, AP-CO (révocation et remplacement du trustee). Lorsque tous les bénéficiaires ne peuvent pas se déterminer, parce qu'ils n'ont pas encore été identifiés, que leur identification présente des difficultés extraordinaires ou que pour un autre motif il n'est pas possible de les inviter à se déterminer dans un délai raisonnable, le tribunal peut désigner un représentant pour faire valoir leurs intérêts. Il peut renoncer à le faire lorsque l'affaire et ses conséquences pour les bénéficiaires sont de faibles importance ou si, pour d'autres raisons, la désignation d'un représentant commun n'est pas opportune. Sur cette base et ce droit de détermination, l'avant-projet prévoit que les décisions du tribunal lient le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires.

L'arbitrage revêt une importance particulière en matière de droit du trust: il permet aux personnes concernées directement ou indirectement par le trust et qui ont des différends de régler le litige par l'entremise d'une personne ou d'une institution choisie, disposant la plupart du temps de connaissances personnelles et professionnelles spécifiques ou d'expérience dans le secteur concerné; cette personne ou institution rendra une sentence en application d'un règlement d'arbitrage adapté et juridiquement contraignant, la procédure laissant une grande place à la discrétion. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit expressément qu'une clause d'arbitrage est admissible du point de vue matériel dans les dispositions de l'acte de trust et qu'elle lie le constituant, les trustees, les protecteurs et les bénéficiaires, pour toute question découlant du trust (*al. 1*). Cette règle constitue en quelque sorte pour le nouveau droit du trust suisse la contrepartie des nouvelles dispositions arbitrales des art. 358, al. 2, CPC et 178, al. 4, LDIP concernant les clauses d'arbitrage dans les actes juridiques unilatéraux. Elle permet qu'un tribunal d'arbitrage tranche un litige concernant un trust de droit suisse sur la base d'une clause d'arbitrage figurant dans un acte de trust. L'expérience montre que cette possibilité répond à une forte demande dans la pratique, notamment en lien avec les trusts familiaux.

L'al. 2 précise que, lorsque les dispositions de l'acte de trust le prévoient, la clause d'arbitrage peut également englober les cas visés aux art. 529b, al. 2, 529s, al. 2 et 3, et 529v AP-CO.

En vertu de *l'al. 3*, si le tribunal arbitral est compétent dans ces cas-là les règles sur la possibilité de se déterminer et de désigner un représentant éventuel conformément à l'art. 529v, al. 3, AP-CO sont applicables.

6.2 Code civil (CC)

Art. 493 titre marginal et al. 1 et 2 Fondations et trusts

La possibilité de constituer un trust pour cause de mort en lui affectant des biens de la succession au trust est expressément prévue dans cette disposition du droit des successions. Cette disposition trouve son pendant dans le code des obligations, à l'art 529a, al. 1, ch. 2, AP-CO, qui précise que le trust peut être constitué par une disposition pour cause de mort. Pour le reste, les principes de droit successoral applicables à la fondation pour cause de mort s'appliquent par analogie.

Art. 528, al. 3

L'avant-projet réserve expressément les dispositions légales protégeant les droits des héritiers du constituant d'un trust (voir art. 529b, al. 6, AP-CO), notamment les règles sur la réduction prévue aux art. 522 ss CC. De cette manière, comme c'est déjà le cas pour la constitution d'une fondation ou même d'un trust selon le droit étranger, les libéralités faites par affectation à un trust de droit suisse seront sujettes à réduction en

vertu de l'art. 527 CC.¹⁸⁴ Par exemple, si l'affectation à un trust remplit les conditions d'une libéralité au sens de l'art. 527, ch. 1 CC, elle est sujette à réduction successorale; s'il s'agit d'une donation au sens de l'art. 527, ch. 3 CC, elle n'est sujette à réduction successorale que si elle est révocable ou si elle a été exécutée dans les cinq années antérieures au décès. Si l'affectation au trust a été faite dans l'intention manifeste de léser la réserve, elle est même soumise à réduction sans limite de temps (art. 527, ch. 4 CC). Il en va au demeurant de même en droit matrimonial, où les libéralités entre vifs faites par un époux par affectation à un trust seront réunies aux acquêts aux conditions fixées à l'art. 208 CC.

Ce nouvel *al. 3* précise que lorsque les libéralités ont été faites par affectation à un trust, l'action en réduction doit être exercée contre chaque bénéficiaire pour les prestations qu'il a reçues et contre le trustee pour le patrimoine du trust. Le trustee ne peut donc être tenu à restitution que dans la mesure où les libéralités sont restées dans le patrimoine du trust et n'ont pas été utilisées pour verser une prestation aux bénéficiaires. De même, les bénéficiaires ne sont tenus de restituer que les prestations effectivement reçues et, s'ils sont de bonne foi, dans les limites de leur enrichissement au jour de l'ouverture de la succession (art. 528, al. 1, CC).

Art. 962b De liens avec un trust

Cet article reprend dans le titre du code civil consacré au registre foncier la règle prévue à l'art. 529m AP-CO, dont le contenu correspond à l'actuel art. 149d LDIP (voir le commentaire ci-dessus). L'*al. 1* prévoit que lorsqu'un immeuble est affecté à un trust, le lien avec le trust peut faire l'objet d'une mention au registre foncier. Les conditions de la mention sont quant à elles déjà précisées à l'art. 58 ORF. Selon cet article, la mention d'un lien avec un trust peut avoir lieu: a) sur réquisition du constituant inscrit au registre foncier dans le cadre de l'apport de l'immeuble dans le trust; b) sur réquisition du trustee inscrit au registre foncier; c) sur la base d'une décision judiciaire d'un tribunal suisse.

L'*al. 2* précise les effets de la mention du rapport de trust. En vertu de cette disposition, le lien avec le trust n'est opposable aux tiers de bonne foi que s'il a fait l'objet d'une mention au registre foncier. En l'absence de mention, le bien immobilier sera présumé appartenir à la fortune personnelle du propriétaire. En cas de cession à un tiers de bonne foi, le droit de suite prévu à l'art. 529h, al. 2, AP-CO ne pourra donc pas être exercé, même lorsque le bien a été acquis à titre gratuit. Il en va de même en cas de constitution d'un droit (droit de gage notamment) sur le bien immobilier. Si l'acquéreur ou le titulaire du droit avait connaissance du rapport de trust, il est réputé être de mauvaise foi et ne peut pas se prévaloir d'une absence de mention au registre foncier pour s'opposer à la restitution du bien ou à l'extinction du droit. A l'inverse, dès lors que le lien avec le trust fait l'objet d'une mention au registre foncier, l'acquéreur de l'immeuble ne peut plus prétendre avoir ignoré de bonne foi son existence. En effet conformément au principe de l'effet positif de la publicité du registre foncier consacré à l'art. 970, al. 4, CC, qui s'applique également aux mentions, nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Voir notamment PIOTET, CR-CC II, art. 527 n°13.

¹⁸⁵ MOOSER, CR-CC II, art. 970 n° 37.

6.3

Code de procédure civile (CPC)

Section 7a: Trust

Art. 39a

Pour fixer les règles de for dans les affaires relevant du droit des trusts, l'avant-projet prévoit d'introduire une nouvelle section 7a (Trust), dans le titre II (Compétence des tribunaux et récusation), chapitre 2 (Compétence à raison du lieu) du CPC.

Les actions et affaires mentionnées dans cette disposition sont les mêmes que celles visées à l'art. 149b LDIP. Elles comprennent aussi bien les litiges que les procédures relevant de la juridiction gracieuse. Elles concernent toutes les questions en relations avec la constitution et la dissolution du trust, son organisation et les rapports internes au trust.¹⁸⁶ De manière générale, elles visent toutes les demandes juridiques ayant trait aux effets juridiques du trust ainsi que celles portant sur la modification ou l'interprétation des dispositions de l'acte trust.¹⁸⁷

Le trust étant dénué de personnalité juridique et par conséquent de capacité d'être partie et d'ester en justice, les actions dirigées contre le trust doivent être introduites contre le trustee en cette qualité (voir art. 529c, al. 3, AP-CO). A titre d'exemple, on peut citer le cas d'un bénéficiaire potentiel cherchant à faire valoir son droit à une prestation. En cas de condamnation au versement d'une somme d'argent, le trustee pourra recourir au patrimoine du trust pour s'acquitter du montant dû. Le trustee peut également être attaqué personnellement pour les actes accomplis dans le cadre de sa fonction. Il peut notamment être poursuivi en responsabilité.

L'art. 39a AP-CPC prévoit la possibilité d'une élection de for pour les actions et affaires relevant du droit des trusts. L'élection de for peut être prévue dans les dispositions de l'acte de trust, lors de la constitution du trust ou ultérieurement. Conformément à la règle fixée à l'art. 17, al. 2, CPC, elle doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.

En l'absence d'élection de for valable, trois fors alternatifs sont prévus: le premier au domicile ou au siège du défendeur, le deuxième au domicile ou au siège d'un trustee et le troisième au lieu d'administration du trust. Le for au domicile du défendeur correspond au for ordinaire des actions judiciaires (art. 10 CPC). Les deuxièmes et troisièmes tiennent compte des spécificités du trust. Sur ce point, la solution proposée dans l'avant-projet présente certaines divergences avec les règles de for en matière de trust prévues dans la LDIP (voir art. 149b, al. 3, LDIP). Malgré ces différences, l'application de ces règles devraient dans de nombreux cas aboutir à un résultat équivalent, soit à l'existence d'un for au domicile du trustee.¹⁸⁸ Le for au domicile du trustee présente l'avantage d'être facilement déterminable. Il se justifie d'autant plus que le trustee a qualité pour agir et pour défendre dans toutes les procédures concernant le trust (voir art. 159g, al. 2, AP-CO). Quant au for au lieu d'administration du trust, il

¹⁸⁶ Message CLHT, p. 602.

¹⁸⁷ GUILLAUME, CR-LDIP, art. 149b n° 4 s.

¹⁸⁸ Message CLHT, p. 602.

correspond à la règle prévue dans la LDIP, à la nuance près que seul le lieu d'administration effective, soit le lieu où le trust est administré en fait, est déterminant. L'avant-projet ne prévoit donc pas la possibilité de désigner un lieu d'administration «fictif» dans l'acte de trust. Une telle désignation aboutit à la création d'une apparence trompeuse qui s'accorde mal aux principes de notre ordre juridique. Plutôt que d'autoriser la désignation du lieu d'administration, l'avant-projet prévoit la possibilité d'une élection de for qui, en fin de compte, aboutit au même résultat. Par ailleurs, l'avant-projet renonce à introduire dans le droit interne la notion de siège du trust,¹⁸⁹ étant précisé que ce terme est rarement utilisé dans les pays d'origine du trust qui parlent généralement d'un «lieu d'administration du trust».¹⁹⁰ De même, il est également renoncé à la création d'un for au lieu de l'établissement du trust, comme il le prévoit la LDIP.¹⁹¹

A noter qu'en cas de pluralité de trustees, il est possible de choisir entre plusieurs fors. Plusieurs trustees forment une consorité, en principe une consorité nécessaire au sens de l'art. 70 CPC, et selon l'art. 15 al. 1 CPC le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres.

Art. 250, let. b, phrase introductive, et ch. 10 à 13

En vertu de l'art. 248, let. e, CPC, la procédure sommaire s'applique à la juridiction gracieuse. L'avant-projet propose de soumettre expressément l'ensemble des affaires non contentieuses relevant du droit des trusts à la procédure sommaire. Il prévoit donc de compléter la liste des affaires relevant du code des obligations mentionnées à l'art. 250, let. b, CPC, en ajoutant la désignation et la révocation du trustee selon les art. 529*b* et 529*s* AP-CO (*ch. 10*), l'obligation de rendre compte du trustee selon l'art. 529*i* AP-CO (*ch. 11*), le droit à l'information des bénéficiaires selon l'art. 529*i* AP-CO (*ch. 12*) et les interventions en matière de trust en vertu de l'art. 529*v* AP-CO (*ch. 13*).

6.4 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)

Art. 284a, al. 1 et 2

Cette disposition, qui fixe les règles en cas de poursuite pour dettes du patrimoine du trust, est adaptée pour tenir compte de la possibilité de constituer un trust de droit suisse. Les références aux dispositions de la LDIP contenues aux *al 1 et 2* sont supprimées. Par ailleurs, le for de la poursuite au siège du trust est remplacé par un for au domicile ou au siège du trustee et un second au lieu d'administration du trust. La règle correspond ainsi à celles proposées dans le CPC (art. 39*a* AP-CPC). La deuxième

¹⁸⁹ Selon la définition donnée à l'art. 21, al. 3, LDIP, le siège du trust se trouve au lieu de l'administration du trust désigné dans les termes du trust, subsidiairement au lieu où il est administré en fait.

¹⁹⁰ Message CLHT, p. 598

¹⁹¹ Pour un avis critique à ce sujet voir not. FLORENCE GUILLAUME, CR-LDIP/CL, art. 21 n. 19 ss et art. 149*a*-149*e* LDIP, n. 25 ss.; *contra* THOMAS MAYER, ZK IPRG, art. 149*b* n 37 ss.

phrase de l'*al.* 2 devient superflue et est donc supprimée. Pour le reste, le contenu de la norme reste inchangé.

6.5 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)

Art. 5, al. 3, let. c

Pour les litiges relevant du droit des trusts, le for applicable peut être déterminé par une élection de for. L'élection peut se faire soit unilatéralement dans l'acte de trust ou en vertu d'un pouvoir conféré dans celui-ci, soit bilatéralement par convention entre les parties. Aussi bien l'art. 149*b* LDIP, qui règle l'élection de for dans les dispositions relatives au trust, que l'art. 5 LDIP, qui règle la convention de for de manière générale, contiennent une disposition qui énumère les cas dans lesquels le tribunal élu ne peut décliner sa compétence. Les listes contenues dans ces dispositions se recoupent, mais ne sont pas identiques. Dans le cadre de la révision actuelle du CPC, l'art. 5, al. 3, LDIP doit être complété et étendu à certains cas de conventions de for.¹⁹² Se pose donc la question du rapport entre les articles 149*b* et 5 LDIP. L'insertion d'une nouvelle let. c à l'art. 5, al. 3, LDIP permet d'indiquer clairement que cette disposition s'applique à toutes les conventions d'élection de for, mais que lorsque le litige relève du droit des trusts, les cas présentant un lien avec la Suisse mentionnés à l'art. 149*b*, al. 2, LDIP, notamment l'application du futur droit suisse du trust, s'appliquent en sus.

Art. 149b, al. 2, let. c

L'*al.* 2 énumère les cas dans lesquels le tribunal élu ne peut décliner sa compétence. Une nouvelle *let. c.* est ajoutée pour inclure l'application du droit suisse au trust dans la liste des cas où un tribunal élu ne peut décliner sa compétence. Cet ajout est rendu nécessaire pour garantir qu'un litige concernant un trust constitué selon les règles du code des obligations puisse être tranché par un tribunal suisse.

6.6 Code pénal (CP)

Art. 327a, titre marginal, phrase introductive et let. e

Violation des obligations du droit des obligations et du droit des sociétés sur la détention d'informations

Afin d'assurer la mise en œuvre effective des règles sur la transparence des trusts, le projet prévoit une nouvelle disposition pénale qui punit d'une amende le manquement aux devoirs d'identification et de documentation du trustee prévus à l'art. 529*j* AP-CO. Les trustees qui violent leurs devoirs pourront ainsi être sanctionnés de la même manière que des dirigeants contrevenant aux obligations du droit des sociétés sur la tenue de listes et registre. L'introduction de cette norme pénale est nécessaire pour

¹⁹² Voir à ce sujet 20.026 Modification du code de procédure civile ainsi que FF 2020 2607 2686.

répondre aux exigences décrites dans la note interprétative de la recommandation 25 du GAFI, ch. 11, qui précise que les pays doivent disposer de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect des règles sur la transparence des trusts (voir ch. 3.3). L'amende pouvant être prononcée aussi bien contre des trustees professionnels que contre des trustees non professionnels, la norme pénale complète les mécanismes mis en place dans le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Le nouveau titre tient compte du fait qu'il s'agit, d'une manière générale, de devoirs du code des obligations en matière de détention d'informations.

6.7 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LFID)

Art. 10a Trusts

Conformément à l'*al. 1*, les revenus courants d'un *revocable trust* sont imputés au constituant. On est en présence d'un *revocable trust* lorsque le constituant se réserve le droit de révoquer le trust ultérieurement et de récupérer le patrimoine résiduel ou de l'attribuer à un tiers. Le constituant ne s'est donc pas dessaisi définitivement de son patrimoine. Même un trust portant la qualification de «irrévocable» entre dans la catégorie des *revocable trusts* si le «renoncement» n'est pas définitif. L'élément déterminant est donc de savoir si le constituant renonce définitivement à son patrimoine en raison de la constitution du trust ou s'il a conservé une emprise sur le patrimoine du trust par le biais de mesures juridiques ou économiques.¹⁹³ Les *revocable trusts* deviennent des *irrevocable trusts* au décès du constituant sauf si une autre personne possédait le droit de révocation ou si ce droit est transmis à un tiers.¹⁹⁴

Selon l'*al. 2*, les revenus courants du patrimoine trust sont imputés aux bénéficiaires dans un *irrevocable fixed interest trust*. Dans le *fixed interest trust*, les détails concernant les bénéficiaires du trust et leurs droits découlent de l'acte constitutif (*trust deed*). Le trustee ne possède donc, dans ce type de trust, aucune liberté d'appréciation quant à l'attribution des revenus du patrimoine du trust et/ou des valeurs patrimoniales du trust. Lors de la constitution de l'*irrevocable fixed interest trust*, le constituant renonce définitivement à son patrimoine. Il semble donc approprié que les valeurs patrimoniales apportées au trust ne soient plus imputées au constituant, mais aux bénéficiaires.

L'*al. 3* règle l'imputation pour un *irrevocable discretionary trust*. L'*irrevocable discretionary trust* liste normalement sous une forme uniquement abstraite les catégories de bénéficiaires dans l'acte constitutif (*trust deed*). La décision de savoir qui doit entrer en jouissance des distributions du trust et à quel moment relève généralement de l'appréciation du trustee. Désormais, ce type de trust doit être imposé comme une fondation. L'*al. 3* ne régit que l'imposition courante des revenus du patrimoine du trust. En fonction du droit cantonal applicable, la constitution du trust peut déclencher des impôts sur les successions ou sur les donations au taux maximum ou au barème

¹⁹³ Voir aussi Circ. 30, ch. 3.7.

¹⁹⁴ Voir aussi Circ. 30, ch. 3.7.1.

correspondant aux personnes apparentées ou bien n'entraîner aucune conséquence fiscale.

Comme dans le cas d'une fondation, les revenus du trust sont frappés d'un impôt sur le bénéfice de 4,25 %; les bénéfices inférieurs à 5 000 francs ne sont pas imposés (art. 71). Il semble approprié de n'imposer les revenus courants du trust que dans la mesure où il existe des bénéficiaires domiciliés en Suisse. Par ailleurs, pour le cas où les bénéficiaires ne sont pas (encore) identifiables, l'imputation au constituant domicilié en Suisse a été prévue, cela afin d'éviter les éventuelles lacunes fiscales.

À l'al. 4, la 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.

A noter en outre que les prestations sont imposées pour les bénéficiaires selon les dispositions générales de l'imposition du revenu conformément aux art. 16 ss. (voir aussi les explications de l'art. 24, let. a).

Art. 24, let. a, 2^e phrase

Selon le droit en vigueur, la dévolution du patrimoine par suite de succession, de legs ou de donation est exemptée de l'impôt sur le revenu. La nouvelle disposition précise le champ d'application de cette exception eu égard aux prestations des trusts et des fondations.

Dans les trusts selon l'art. 10a, al. 2, et dans les fondations qui sont traitées comme un sujet fiscal propre, il y a, sur le plan fiscal, transfert de patrimoine du trust ou de la fondation aux bénéficiaires. En l'absence de volonté de donation du trust ou de la fondation, il n'est pas possible de présumer une donation. De ce fait, les prestations sont imposables en tant que revenu dans le chef des bénéficiaires dans la mesure où il n'existe aucun autre fait constitutif légal d'exception.

En revanche, pour les trusts ou les fondations qui sont traités en transparence sur le plan fiscal, il peut exister une volonté de donation. Tel est notamment le cas lorsque les valeurs patrimoniales apportées ont continué à être imputées au constituant ou au fondateur et que les bénéficiaires sont des membres de sa famille. Si la distribution repose alors sur une volonté de donation, les prestations sont exemptées de l'impôt sur le revenu, mais sont soumises aux impôts sur les successions ou sur les donations en vertu du droit cantonal applicable.

La nouvelle réglementation inclut aussi bien les valeurs patrimoniales que le constituant ou fondateur avait initialement apportées dans le trust ou dans la fondation que les valeurs patrimoniales que le trust ou la fondation a dégagées dans l'intervalle.

Art. 55, al. 5

Dans la mesure où le trust qui est imposé comme une fondation ne s'acquitte pas de ses obligations fiscales, une responsabilité solidaire des bénéficiaires et du constituant doit intervenir. Cette disposition est notamment opportune lorsque le trust est géré par un trustee étranger qui ne s'acquitte pas de l'obligation de paiement (sur la question de la conformité à la constitution, voir ch. 5.1.4.4).

Art. 67a Trusts

Un trust peut être constitué non seulement par des personnes physiques, mais aussi par des personnes morales. De même, les bénéficiaires peuvent être des personnes morales. C'est pourquoi les dispositions applicables aux personnes physiques doivent s'appliquer par analogie.

Art. 205g et 207c Dispositions transitoires de la modification du ...

Pour les trusts existants constitués avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, il est proposé de continuer à les évaluer selon la pratique actuelle conformément à la circulaire. Cette disposition est placée sous la réserve qu'après l'entrée en vigueur, le constituant ne consacre aucun bien, aucune créance ni aucune autre valeur patrimoniale supplémentaire au trust.

6.8 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)

Art. 6a Trusts

L'imputation du patrimoine du trust est réglée parallèlement à l'imputation des revenus du trust. Pour le reste, il est renvoyé aux explications relatives à l'art. 10a AP-LIFD.

Art. 7, al. 4, let. c

Voir les explications de l'art. 24, let. a, AP-LIFD.

Art. 26b Trusts

L'imputation du patrimoine du trust est réglée parallèlement à l'imputation des revenus du trust. Pour le reste, il est renvoyé aux explications de l'art. 67a AP-LIFD.

Art. 78h Disposition transitoire à la modification du ...

Il est renvoyé aux explications des art. 205g et 207c AP-LIFD.

6.9 Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA)

Art. 21, al. 1, let. a^{bis}

Toute personne assujettie à l'impôt sur le revenu doit aussi pouvoir réclamer le remboursement de l'impôt anticipé si elle remplit les autres conditions. Cela vaut également pour les trusts.

6.10 Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin)

Art. 17, al. 2

La définition du trustee est modifiée de façon à ce que la référence à la CLHT soit supprimée.

7 Conséquences

7.1 Conséquences pour la Confédération

Si l'on fait abstraction de l'augmentation des recettes fiscales, l'introduction du trust suisse ne devrait en principe pas avoir de conséquences sur le plan financier ou sur l'état du personnel. L'augmentation du nombre de trusts devrait entraîner une augmentation des coûts de surveillance, mais ceux-ci sont couverts par les émoluments prélevés.

7.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Les cantons et les communes devraient également bénéficier d'une augmentation de leurs recettes fiscales. La redistribution de ces recettes bénéficierait à l'ensemble de la collectivité.

Compte tenu du rôle dévolu aux tribunaux dans le cadre de la juridiction gracieuse (voir ch. 5.1.1.9), il faut s'attendre à ce que l'introduction du trust ait un impact sur la charge de travail des tribunaux. Il convient toutefois de souligner que les affaires concernant les trusts sont souvent soumises à une juridiction arbitrale. Des adaptations devraient également être apportées aux loi cantonales de procédure civile et d'organisation judiciaire. L'impact du projet sur l'attractivité de la place économique suisse aurait des conséquences favorables pour les centres urbains qui développent une activité d'affaires. Les agglomérations et les régions de montagne ne devraient pas être touchées.

7.3 Conséquences économiques

Les conséquences économiques de l'avant-projet ont fait l'objet d'une analyse d'impact de la réglementation dont les résultats ont été exposés ci-dessus (voir ch. 1.4). Le trust suisse ouvrirait de nouvelles opportunités d'affaires pour l'industrie du trust et permettrait de créer de la plus-value. Il aurait en outre un effet positif sur l'attractivité de la place financière suisse, en mettant à sa disposition un outil lui permettant de rester compétitive. Cela est indispensable si la Suisse entend continuer à attirer de la clientèle internationale vers ses centres d'affaires et si elle veut éviter que les résidents suisses, qui à l'heure actuelle ne disposent pas d'un outil de planification successorale

et patrimoniale répondant à leurs besoins, ne s'exilent à l'étranger. L'avant-projet s'inscrit ainsi parfaitement dans les efforts entrepris pour dynamiser la place économique suisse.

7.4 Conséquences sociales

L'introduction du trust dans le droit suisse reconnaît la liberté de tout un chacun de disposer de ses biens, de son vivant ou après sa mort, pour favoriser ses propres intérêts ou ceux de personnes qui lui sont proches. A noter que les droits du conjoint ou du partenaire enregistré, des héritiers ou des créanciers restent préservés, la constitution d'un trust ne permettant pas d'y porter atteinte. L'avant-projet tourne ainsi définitivement le dos aux considérations morales qui présidèrent à l'époque à l'interdiction des fidéicommiss de famille et autres fondations d'entretien et qui sont aujourd'hui dépassées: la lutte contre l'oisiveté.¹⁹⁵ Elle ouvre aussi la voie à d'autres évolutions législatives en matière de planification patrimoniale et successorale (voir ch. 1.3.3).

Le trust permet de garantir la préservation du patrimoine pour les générations futures, pour une durée pouvant aller jusqu'à cent ans. Il peut bénéficier aussi bien aux jeunes, par la couverture des frais de formations par exemple, qu'aux aînés, grâce à l'octroi d'une rente ou à la prise en charge de frais médicaux. La solidarité intergénérationnelle s'en trouverait ainsi renforcée. Par ailleurs, en autorisant la désignation de bénéficiaires en dehors du cercle restreint de la famille au sens juridique, l'avant-projet tient compte des évolutions sociétales: familles recomposées, nouvelles formes d'unions, etc. Il offre notamment un nouvel outil pour garantir le paiement des pensions alimentaires/contributions d'entretien. Utilisé dans un tel contexte, le trust contribuerait à améliorer la sécurité individuelle de ses bénéficiaires.

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

Conformément à l'art. 122, al. 1, Cst., la Confédération a la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile. Dans le domaine des impôts directs, l'art. 128 Cst. habilite la Confédération à prélever un impôt fédéral direct sur le revenu des personnes physiques. En vertu de la LHID, la Confédération fixe les principes de l'harmonisation des impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes. L'harmonisation s'étend à l'assujettissement, à l'objet et à la période de calcul de l'impôt, à la procédure et au droit pénal en matière fiscale. Les barèmes, les taux et les montants exonérés de l'impôt, notamment, ne sont pas soumis à l'harmonisation fiscale (art. 129 Cst.). Dans le domaine de l'impôt anticipé, la Confédération dispose d'une compétence législative globale (art. 132, al. 2, Cst.).

D'une manière générale, la réglementation proposée sur le plan fiscal respecte le principe de la légalité ainsi que la règle de l'imposition selon la capacité contributive

¹⁹⁵ Message CLHT, p. 575.

économique. En ce qui concerne la responsabilité solidaire du constituant et des bénéficiaires en Suisse prévue pour les *irrevocable discretionary trusts* administrés à l'étranger, la constitutionnalité sera réexaminée plus en détail à la lumière des résultats de la consultation (voir ch. 5.1.4.4).

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Il a été tenu compte, dans l'élaboration de l'avant-projet, des engagements de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ainsi que dans le domaine de la transparence et de l'échange de renseignements à des fins fiscales. La réglementation proposée répond aux exigences du GAFI et du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (voir ch. 3). Si cela s'avère nécessaire au vue des travaux en cours, la proposition sera adaptée pour tenir compte de l'évolution des normes internationales. Les quelques adaptations de la LDIP proposées par l'avant-projet respectent le cadre défini par la CLHT et n'ont donc pas de conséquence sur la capacité de la Suisse à honorer ses engagements. Pour le reste, le projet ne touche pas aux obligations internationales de la Suisse et n'a pas d'effets sur les accords en vigueur entre la Suisse et l'UE ni sur les conventions de double imposition et les conventions d'information fiscale bilatérales.

8.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet prévoit des dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. Il doit donc prendre la forme d'une loi fédérale. Conformément à l'art. 122, al. 1, Cst., l'Assemblée fédérale est compétente pour légiférer en la matière. La modification est sujette au référendum.

8.4 Frein aux dépenses

Le projet ne contient pas de dispositions relatives aux subventions et ne prévoit ni crédits d'engagement ni plafonds de dépenses. Il n'est donc pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

8.5 Délégation de compétences législatives

Le projet ne délègue aucune compétence législative nouvelle au Conseil fédéral.

8.6 Protection des données

Le projet ne traite pas de questions en lien avec la protection des données.