



15.09.2023

Modification du code des obligations : Introduction du trust

Synthèse des résultats de la procédure de consultation



Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Table des matières

1	Généralités	5
1.1	Vue d'ensemble.....	5
1.2	Objet de la procédure de consultation (avant-projet)	6
2	Liste des prises de position	6
3	Prise de position sur l'avant-projet	6
3.1	Appréciation générale de l'avant-projet	6
3.2	Évaluation de l'introduction d'un trust en droit civil.....	8
3.2.1	Approbation de principe.....	8
3.2.2	Rejet de principe	9
3.2.3	Pas de position de principe	10
3.3	Évaluation des modifications en droit fiscal	10
3.4	Autres remarques générales	11
3.4.1	Examen d'une modification du droit des fondations.....	11
3.4.2	Évaluation des risques de blanchiment d'argent (BA), financement du terrorisme (FT) et autres abus	12
4	Remarques concernant les nouvelles dispositions du code des obligations	13
4.1	Remarques générales	13
4.2	Codification du trust dans le code des obligations (CO).....	13
4.2.1	Nature juridique et conception	14
4.2.2	Structure du trust.....	14
4.2.3	Restrictions quant au but du trust	14
4.2.4	Limitation dans le temps et révocabilité	14
4.2.5	Constitution	15
4.2.6	Droits et obligations des participants	16
4.2.6.1	Remarques générales	16
4.2.6.2	Constituant	16
4.2.6.3	Trustee	16
4.2.6.4	Bénéficiaire	17
4.2.7	Patrimoine du trust	17
4.2.8	Aspects procéduraux.....	18
4.2.9	Transparence et législation anti-blanchiment d'argent pour les trusts.....	18
4.3	Remarques article par article (code des obligations)	18
4.3.1	Art. 529a	18
4.3.1.1	Art. 529a, al. 1	18
4.3.1.2	Art. 529a, al. 2	19
4.3.2	Art. 529b	20
4.3.2.1	Commentaires généraux	20
4.3.2.2	Art. 529b, al. 1	20
4.3.2.3	Art. 529b, al. 2	20
4.3.2.4	Art. 529b, al. 3	21
4.3.2.5	Art. 529b, al. 5	21
4.3.2.6	Art. 529b, al. 6	21

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.3	Art. 529c.....	22
4.3.4	Art. 529d	22
4.3.5	Art. 529e	23
4.3.6	Art. 529f	24
4.3.7	Art. 529g	24
4.3.8	Art. 529h	26
4.3.9	Art. 529i.....	26
4.3.10	Art. 529j.....	27
4.3.11	Art. 529k.....	28
4.3.12	Art. 529l.....	29
4.3.13	Art. 529m.....	29
4.3.14	Art. 529n	30
4.3.15	Art. 529o	30
4.3.16	Art. 529p	31
4.3.17	Art. 529q	31
4.3.18	Art. 529r	32
4.3.19	Art. 529s.....	32
4.3.20	Art. 529t	33
4.3.21	Art. 529u	34
4.3.22	Art. 529v.....	35
4.3.23	Art. 529w.....	35
5	Remarques concernant les modifications d'autres lois fédérales	35
5.1	Code civil (CC)	35
5.1.1	Commentaires généraux	35
5.1.2	Art. 276 ss.....	36
5.1.3	Art. 318, al. 3.....	36
5.1.4	Art. 392, ch. 2.....	36
5.1.5	Art. 493 AP-CC	36
5.1.6	Art. 528 AP-CC	37
5.1.7	Art. 962 AP-CC	37
5.2	Code de procédure civile (CPC).....	37
5.3	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)	37
5.4	Code pénal (CP).....	38
5.5	Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).....	38
5.6	Réglementation générale sur les marchés financiers	39
6	Remarques sur les propositions portant sur le droit fiscal	39
6.1	Remarques générales	39
6.2	Propositions visant à maintenir la pratique fiscale en vigueur	40
6.3	Proposition de réglementation fiscale	40
6.4	Autres propositions/remarques.....	42
6.5	Commentaire des articles.....	42
6.5.1	Art. 10a, al. 1, AP-LIFD / art. 6a, al. 1, AP -LHID	42
6.5.2	Art. 10a, al. 2, AP-LIFD / art. 6a, al. 2, AP-LHID	43
6.5.3	Art. 10a, al. 3 et 4, AP-LIFD / art. 6a, al. 3 et 4, AP-LHID	43
6.5.4	Art. 24, let. a, AP-LIFD, art. 7, al. 4, let. c, AP-LHID	44
6.5.5	Art. 55, al. 5, AP-LIFD	45
6.5.6	Art. 67a AP-LIFD / art. 26b AP-LHID	45

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

6.5.7	Art. 205g AP-LIFD / art. 78h AP-LHID	45
6.5.8	Art. 21, al. 1, let. a ^{bis} , AP-LIA	46
7	Autres remarques générales et propositions	46
8	Accès aux avis	48
Annexe	49

Résumé

La procédure de consultation relative à l'avant-projet portant sur l'introduction d'un trust suisse a eu lieu du 12 janvier 2022 au 30 avril 2022. Le nombre de participants s'élève à 80.

La majorité des participants qui se sont exprimés sur le principe de l'introduction du trust l'approuvent (8 cantons, 3 partis, 27 organisations). Ces participants considèrent qu'il existe une demande pour un nouvel outil de planification patrimoniale et que le trust permettrait de renforcer la compétitivité de la place financière suisse. En ce qui concerne l'avant-projet, ce dernier a expressément été soutenu par une majorité de 8 cantons, 2 partis et 30 organisations. Toutefois, le volet civil est le seul à emporter l'adhésion auprès de la majorité des participants qui ont pris position sur ce point (8 cantons, 2 partis, 28 organisations) ; le volet fiscal est quant à lui largement rejeté par la majorité des participants à la consultation (19 cantons, un parti, 20 organisations). En outre, de nombreux participants se déclarant favorables à l'avant-projet conditionnent leur soutien à l'abandon du volet fiscal ou à son remaniement en profondeur.

En ce qui concerne l'aspect civil du projet, les partisans de l'avant-projet saluent la création d'un trust suisse et non la simple reprise d'une institution de droit étranger. Dans le courant opposé, certains participants craignent pour la réputation de la place financière suisse en raison des risques de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale liés au trust.

Plusieurs participants considèrent que l'autorisation des fondations d'entretien est un préalable ou complément nécessaire, voire une alternative préférable, à l'introduction du trust et réclament ainsi une révision du droit des fondations.

La majorité des participants est satisfaite par la réglementation actuelle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale qui s'applique aux trusts existants ainsi que de celle proposée par l'avant-projet pour le futur trust suisse. Notamment, ils ne voient pas la nécessité d'introduire un registre public des trusts.

En ce qui concerne l'aspect fiscal du projet, une large majorité des participants le rejette dans son ensemble. Les opposants ont surtout avancé comme arguments que les règles étaient peu attrayantes par rapport à la pratique actuelle, que les charges administratives étaient trop élevées et que les propositions étaient difficiles à mettre en œuvre.

1 Généralités

1.1 Vue d'ensemble

La procédure de consultation relative à l'avant-projet portant sur l'introduction du trust (modification du code des obligations) a eu lieu du 12 janvier 2022 au 30 avril 2022.

Ont répondu 24 cantons, 4 partis politiques et 52 organisations et autres participants. Au total, le présent rapport porte sur 80 prises de position. Les prises de positions sont disponibles sous : www.fedlex.admin.ch/fr/home > Procédures de consultation > Terminées > 2022 > DFJP > Procédure de consultation 2021/32.

Le rapport résume les avis exprimés en présentant tout d'abord l'évaluation générale (ch. 3), puis les remarques sur l'aspect civil de l'avant-projet (ch. 4.1-4.2.9), et plus précisément les remarques article par article du code des obligations (ch. 4.3). Le rapport s'attèle ensuite aux prises de position concernant les modifications des autres lois fédérales (ch. 5). Puis, les avis exprimés au sujet des modifications du droit fiscal sont présentés, d'abord en général et puis

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

plus en détail (ch. 6). Enfin, d'autres remarques générales et propositions des participants sont exposées (ch. 7).

1.2 Objet de la procédure de consultation (avant-projet)

En réponse à la motion 18.3383 « Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse », l'avant-projet vise à introduire l'institution juridique du trust dans le code des obligations (CO; RS 220), en apportant les adaptations nécessaires dans les autres textes législatifs (code civil [CC; RS 210], code de procédure civile [CPC; RS 272], loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP; RS 281.1], loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP; RS 291], code pénal [CP; RS 311.0]) ainsi qu'au niveau du traitement fiscal.

L'avant-projet prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique dans le code des obligations. 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 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371)¹. Il repose sur des règles et principes déjà connus du droit suisse et ne constitue pas une simple reprise du droit étranger. Les limitations du droit de disposer existantes en matière matrimoniale et successorale sont respectées. Pour le reste, la proposition offre la flexibilité nécessaire pour permettre une utilisation du trust à différentes fins et dans différents contextes. L'avant-projet prévoit une obligation d'identification des ayants droit économiques à la charge du trustee de manière à garantir une pleine conformité avec les exigences de transparence posées par le Groupe d'Action Financière (GAFI) et le Forum mondial.

Sur le plan fiscal, la proposition vise à introduire une réglementation explicite des trusts dans les lois fiscales, en continuant à appliquer aux trusts les principes existants en matière d'imposition et en traitant les trusts irrévocables comme des fondations. Un *Grandfathering* est prévu pour les trusts existants.

2 Liste des prises de position

En annexe se trouve une liste des cantons, partis, organisations et personnes qui ont pris position dans le cadre de la présente procédure de consultation.

3 Prise de position sur l'avant-projet

3.1 Appréciation générale de l'avant-projet

Toutes les prises de position ne mentionnent pas clairement un soutien ou un désaccord avec l'avant-projet. De nombreuses prises de position contiennent des remarques ou propositions de modifications de différents points. Celles-ci seront abordées dans le chapitre suivant relatif aux commentaires détaillés des différentes propositions de l'avant-projet.

Une majorité des participants qui se sont exprimés sur le principe de l'introduction du trust l'approuvent pour répondre au besoin d'un nouvel outil de planification patrimoniale et renforcer la compétitivité de la place financière suisse. Ce point de vue est partagé par une majorité absolue des partis² (3 sur 4) et des organisations³ (27 sur 30) qui se sont exprimés sur la

¹ Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à La Haye le 1^{er} juillet 1985. Selon l'art. 2, al. 1, le 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.

² Le Centre, PLR, UDC.

³ ABG, ABPS, ASG, Burckhardt, CP, Cone Marshall, economiesuisse, EXPERTsuisse, FER, FTAF, Findling Grey, GSCGI, Forum PME, Lanter, Niederer Kraft Frey, OREF, USAM, FSN, STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, UNIL, veb.ch, ANB, Verein STEP, ZHK.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

question, mais est minoritaire parmi les cantons⁴ qui ont émis un avis (8 sur 20). Les participants soutiennent également l'avant-projet, même si dans une moindre mesure, avec l'adhésion de la majorité des organisations (29), de la moitié des partis et d'une minorité d'un tiers des cantons. Une grande partie des opposants à l'avant-projet fait valoir que l'utilité d'un trust suisse serait limitée et que, compte tenu du potentiel d'abus de cette institution, son introduction ferait peser un risque sur la réputation et les finances de la Suisse. D'autres estiment qu'il serait préférable de s'appuyer sur les institutions juridiques existantes et réclament, comme alternative au trust, une révision du droit des fondations autorisant la création des fondations d'entretien. D'autres encore rejettent l'intégralité de l'avant-projet pour le motif que la réglementation proposée réduirait à néant l'attractivité de l'institution en question. Seuls un canton⁵, un parti⁶ et 3 organisations⁷ rejettent l'avant-projet en raison du risque d'utilisation abusive du trust suisse, notamment à des fins de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, mais également au détriment de tiers (conjoint, héritiers ou créanciers).

Le volet civil est évalué plutôt positivement. Parmi les participants favorables au principe de l'introduction du trust, la quasi-totalité des cantons⁸, les deux-tiers des partis⁹ et la majorité des organisations¹⁰ se déclarent d'accord ou partiellement d'accord avec la proposition. De nombreuses suggestions d'adaptation sont cependant formulées par les participants, notamment pour renforcer l'attractivité de la réglementation ou réduire les risques d'abus. La plupart des participants qui rejettent le volet civil le fait parce qu'ils sont opposés au principe de l'introduction du trust en droit suisse ou parce qu'ils considèrent que le volet fiscal rend l'ensemble du projet non attractif. Un parti¹¹ et une organisation¹² estiment que la réglementation civile proposée n'est pas suffisamment aboutie ou compétitive.

La grande majorité des participants est satisfaite de la réglementation proposée pour garantir la transparence du trust et le respect des standards internationaux. Ils ne voient notamment pas la nécessité d'introduire un registre public des trusts, cette mesure n'étant réclamée que par 3 cantons¹³, un parti¹⁴ et 3 organisations¹⁵. Un canton¹⁶ et 2 organisations¹⁷ rejetant l'introduction du trust dans son ensemble estiment qu'un registre public serait à tout le moins requis.

La réglementation proposée au niveau fiscal a été largement désapprouvée par les participants : elle est rejetée par tous les partis, la quasi-totalité des organisations et plus de la moitié des cantons. L'abandon du volet fiscal, ou sa réforme en profondeur, est réclamée par de nombreux partisans¹⁸ du trust suisse, qui conditionnent leur soutien à l'avant-projet au maintien

⁴ AG, AI, BE, GE, GR, SO, TI, ZG.

⁵ NE.

⁶ PS.

⁷ Alliancesud, Public Eye, USS.

⁸ AG, AI, BE, GE, SO, TI, ZG.

⁹ Le Centre, PLR.

¹⁰ Cone Marshall, economiesuisse, FTAF, Findling Grey, GSCGI, Forum PME, Lanter, Niederer Kraft Frey, FSN, STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, veb.ch, ANB, Verein STEP, ZHK.

¹¹ UDC.

¹² UNIL.

¹³ NE, GR, ZH.

¹⁴ PS.

¹⁵ UNIL, CSRF, USS.

¹⁶ LU.

¹⁷ Alliancesud, Public Eye.

¹⁸ ABPS, ASG, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

du *statu quo* fiscal. Ce dernier est nécessaire selon eux pour garantir l'attractivité et la compétitivité du trust suisse.

3.2 Évaluation de l'introduction d'un trust en droit civil

3.2.1 Approbation de principe

Une majorité relative des participants est favorable au principe de l'introduction du trust en droit suisse et est d'accord ou partiellement d'accord avec les dispositions proposées dans le volet civil de l'avant-projet, soit 8 cantons¹⁹, 2 partis²⁰, et 28 organisations²¹. À noter que parmi les partisans du trust, 7 organisations²² conditionnent expressément leur soutien à l'avant-projet au maintien du *statu quo* fiscal.

L'argument le plus souvent cité par les partisans du trust suisse est que ce dernier répond à une demande en faveur d'un nouveau véhicule juridique de détention et de transmission de patrimoine et créerait de nouvelles opportunités d'affaires pour les prestataires de services liés à l'industrie du trust, avec pour résultat un renforcement de la place financière suisse²³.

Plusieurs participants relèvent que le trust est déjà une réalité en Suisse et qu'il est donc judicieux de le réglementer en droit interne²⁴. Les participants évoquent également que l'introduction du trust correspond à une tendance internationale et qu'elle est souhaitable pour la compétitivité de la place économique suisse²⁵. La mise à disposition d'un instrument régi par le droit interne à des personnes résidant en Suisse, évitant à ces dernières de devoir recourir à des constructions de droit étranger, est saluée par plusieurs participants²⁶. Ils considèrent qu'un tel instrument est plus accessible et compréhensible, qu'il offrirait une meilleure sécurité juridique et qu'il permettrait une certaine indépendance face aux dispositions et juridictions étrangères²⁷. La possibilité de recourir à des tribunaux suisses pour régler le contentieux est également considérée comme favorisant la sécurité du droit et la transparence²⁸.

La qualité de la réglementation proposée est relevée par plusieurs participants, qui louent notamment le fait qu'elle ne consiste pas en une simple reprise du droit étranger mais repose sur des principes déjà connus du droit suisse²⁹ et estiment qu'elle présente un bon équilibre entre les caractéristiques attendues d'un trust et les contraintes du système juridique suisse³⁰. De plus, le fait que le trust prévu dans l'avant-projet corresponde au trust du droit anglo-saxon – qui a fait ses preuves – est souligné³¹. Certains affirment que les dispositions de droit civil ne nécessitent que des adaptations limitées³². En outre, la flexibilité de la réglementation,

¹⁹ AG, AI, BE, GE, SO, TG, TI, ZG.

²⁰ Le Centre, PLR.

²¹ Bär & Karrer, Cone Marshall, economiesuisse, FTAF, Findling Grey, GSCGI, Forum PME, CPFS, CSRF, Lanter, Niederer Kraft Frey, FSN, SGC, SUPSI, STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, SwissFoundations, Travail.Suisse, UZH, UNIGE, veb.ch, ANB, Verein STEP, Walder Wyss, ZHK, ZNK.

²² ABPS, ASG, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

²³ AG, BE, Le Centre, Cone Marshall, economiesuisse, GSCGI, Forum PME, Lanter, Niederer Kraft Frey, FSN, ANB, ZHK.

²⁴ SO, ZG, PLR, Travail.Suisse.

²⁵ economiesuisse, FSN, ANB, ZHK.

²⁶ AI, GE, PLR, FSN, ANB, ZHK.

²⁷ GE, ZG, PLR, economiesuisse, Travail.Suisse.

²⁸ GE.

²⁹ AI, Bär & Karrer.

³⁰ STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

³¹ SO.

³² economiesuisse, Walder Wyss.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

qui permet une utilisation du trust suisse à des fins et dans des contextes variés, est également soulignée³³. Finalement, les limitations prévues, notamment l'interdiction des *purpose trusts*, sont accueillies favorablement³⁴ et les dispositions prévues pour lutter contre les abus sont jugées suffisantes.

3.2.2 Rejet de principe

Une minorité de 13 cantons³⁵, 2 partis³⁶ et 11 organisations³⁷ plaident en faveur d'un rejet global de l'avant-projet. Les motifs de ce rejet peuvent être classés en trois catégories : le caractère rédhibitoire du volet fiscal, l'absence de besoin d'un trust suisse et le risque d'utilisation abusive du trust.

4 organisations³⁸ rejettent l'avant-projet dans son ensemble, tant en ce qui concerne les dispositions fiscales que les dispositions de droit civil, pour le motif que le nouveau régime fiscal proposé réduit à néant l'attractivité du projet, sans mettre expressément en doute l'utilité d'un trust suisse ni formuler de critique à l'égard de la réglementation civile proposée.

Plusieurs participants émettent des doutes de fond sur l'introduction du trust en tant que nouvelle institution juridique du droit civil. 11 cantons³⁹ et une organisation⁴⁰ relèvent que, selon le constat des administrations fiscales, le trust est utilisé presque exclusivement par des particuliers fortunés ayant des liens avec des pays de *common law*. Ces participants craignent que le trust suisse mène au même constat ; le trust suisse se trouverait alors en concurrence avec les trusts étrangers et ne présenterait que des avantages limités. La pratique n'y recourrait que très modérément. Considérant que les trusts peuvent être utilisés à des fins de blanchiment d'argent et de soustraction d'impôt, ces participants estiment en sus que le projet constitue un risque pour la réputation et les finances de la Suisse. La mise en balance des avantages et des inconvénients du trust suisse conduit au constat que cette institution serait défavorable pour les intérêts de la Suisse. Un rejet de principe est ainsi soutenu.

Une organisation⁴¹ soutient que la situation actuelle, où le trust anglo-saxon est devenu une institution reconnue en droit suisse suite à la ratification de la Convention de la Haye sur les trusts, est satisfaisante et que le trust n'a donc pas besoin d'être implémenté en droit interne. Une autre⁴² relève que les praticiens suisses ont toujours su recourir aux institutions étrangères sans problème majeur et conteste la nécessité de la réglementation proposée. Elle estime en outre que le trust suisse risque de se révéler peu attrayant auprès des praticiens en raison des incertitudes qui entoureront ce nouvel outil lors de ses débuts. Un parti⁴³ et une organisation⁴⁴ considèrent que le droit suisse actuel des fondations offre un cadre satisfaisant en matière de planification patrimoniale. En revanche, 2 cantons⁴⁵ reconnaissent le besoin d'un nouvel ins-

³³ TI, Le Centre, USAM.

³⁴ STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, UNIGE.

³⁵ BS, FR, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, UR, VD.

³⁶ PS, UDC.

³⁷ Alliancesud, Burckhardt, CP, CDF, FER, RAIFFEISEN, Public Eye, USS, ASB, FSA, ABG.

³⁸ ABG, Burckhardt, FER, ASB.

³⁹ BS, FR, JU, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, UR, VD.

⁴⁰ CDF.

⁴¹ CP.

⁴² FSA.

⁴³ PS.

⁴⁴ USS.

⁴⁵ GR, NE.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

trument de planification patrimoniale, mais considèrent que le trust n'est pas un outil approprié et qu'il faudrait adapter les institutions juridiques existantes, via une libéralisation du droit des fondations, une adaptation du droit de la fiducie ou du transfert de patrimoine. Un canton⁴⁶ estime que le trust est un instrument juridique étranger qui ne respecte pas la tradition juridique suisse et qui présente des caractéristiques incompatibles avec les principes de notre droit privé.

Le risque d'utilisation abusive des trusts constitue le principal motif de refus de l'avant-projet pour un canton⁴⁷, un parti⁴⁸ et 3 organisations⁴⁹. Ces participants reprochent à l'avant-projet des lacunes au niveau de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ainsi que la lutte contre l'évasion fiscale. Un canton⁵⁰ considère que le projet ne protège pas de manière satisfaisante les intérêts des parties indirectement concernées par le trust. Il relève notamment le risque que le trust soit utilisé pour soustraire des biens à leurs ayants droit ou à des créanciers ou qu'il puisse porter atteinte aux droits des héritiers ou du conjoint. Finalement, il estime que le trust devrait être soumis à des règles de forme, de publicité et de protection des créanciers plus strictes.

3.2.3 Pas de position de principe

Un canton⁵¹ et 6 organisations⁵² ont formulé des critiques et des propositions d'amélioration du volet civil sans toutefois se déterminer sur le principe de l'introduction du trust dans le droit suisse. 2 cantons⁵³ et 6 organisations⁵⁴ ne se sont prononcés que sur le volet fiscal.

3.3 Évaluation des modifications en droit fiscal

Une claire majorité (19 cantons⁵⁵, un parti⁵⁶ et 20 organisations⁵⁷) rejette la réglementation fiscale en matière de trust alors qu'un canton⁵⁸ et 4 organisations⁵⁹ y sont favorables tout en émettant des réserves au sujet des *irrevocable discretionary trusts*. Une minorité constituée de 3 cantons⁶⁰ et d'une organisation⁶¹ approuve la proposition formulée dans l'avant-projet.

⁴⁶ GR.

⁴⁷ NE.

⁴⁸ PS.

⁴⁹ Alliancesud, Public Eye, USS.

⁵⁰ NE.

⁵¹ ZH.

⁵² CPFS, CSRF, ASM, SwissFoundations, UNIGE, ZNK.

⁵³ AR, BL.

⁵⁴ Borel & Barbey, CCIG, FischerRampBuchmann, COPTIS, ASEFID, ZVDS.

⁵⁵ AG, p. 2 ; AR, p. 1 ; BE, p. 2 ; BL, p. 3 ; BS, p. 1 ; FR, p. 1 ; GR, p. 2 ; JU, p. 2 ; LU, p. 1 ; NE, p. 2 ; NW, p. 2 ; OW, p. 2 ; SG, p. 1 ; SH, p. 1 ; SZ, p. 1 ; TI, p. 3 ; UR, p. 1 ; VD, p. 2 ; ZH, p. 4.

⁵⁶ PLR, p. 2.

⁵⁷ ABPS, p. 5 ; Bär & Karrer, p. 4 ; CCIG, p. 1 ; economiesuisse, p. 1 ; EXPERTsuisse, p. 4 ; CDF, p. 2 ; FischerRampBuchmann, p. 2 ; FTAF, p. 2 ; Forum PME, p. 2 ; SATC, p. 1 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP-Ls, p. 7 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1 ; Verein STEP, p. 1 ; SUPSI, p. 2 ; ASEFID, S. 3 ; ASG, p. 1 ; ZHK, p. 2 ; ZVDS, p. 2.

⁵⁸ ZG, p. 1.

⁵⁹ Burckhardt, p. 3 ; OREF, p. 8 ; FSN, p. 10 ; ANB, p. 2.

⁶⁰ GE, p. 1 ; SO, p. 1 ; TG, p. 1.

⁶¹ Travail.Suisse, p. 1.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

2 cantons⁶², 2 partis⁶³ et 35 organisations⁶⁴ sont d'avis que le volet fiscal n'est pas attrayant pour les constituants et les bénéficiaires pour des raisons de double imposition et de responsabilité, et estiment qu'il ne renforce pas la place financière suisse.

2 cantons⁶⁵ et 18 organisations⁶⁶ jugent que le traitement fiscal proposé pourrait décourager les personnes qui bénéficient des trusts de venir en Suisse voire les pousser à quitter la Suisse.

3 cantons⁶⁷ et 9 organisations⁶⁸ soulignent que les règles proposées concernant les *irrevocable discretionary trusts* et les *irrevocable fixed interest trusts* impliquent un travail administratif relativement grand et sont pour ainsi dire impossibles à mettre en œuvre, en particulier les dispositions sur les parts des bénéficiaires.

6 organisations⁶⁹ font valoir que l'imposition des trusts prévue dans l'avant-projet restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines qui sont de leur ressort.

Une organisation⁷⁰ considère que le trust est, comme la fondation, un patrimoine spécial – dépourvu toutefois de la personnalité juridique – si bien qu'un traitement analogue à la fondation se justifie. Un canton⁷¹ et 3 organisations⁷² estiment en outre qu'il est impératif que tous les revenus et toute la fortune d'un trust restent imposables ; le dispositif fiscal ne doit pas créer des « niches fiscales » instaurant des inégalités de traitement.

3.4 Autres remarques générales

3.4.1 Examen d'une modification du droit des fondations

2 cantons⁷³, un parti⁷⁴ et 11 organisations⁷⁵ demandent qu'une modification du droit des fondations soit examinée dans le cadre du présent projet afin d'autoriser les fondations d'entretien. Certains de ces participants⁷⁶ estiment que l'interdiction des fondations d'entretien est dépassée et qu'elle devrait être supprimée en cas d'introduction du trust, pour ne pas créer d'incohérence dans le système juridique suisse.

⁶² TI, p. 5 ; ZG, p. 3.

⁶³ PLR, p. 2 ; UDC, p. 2.

⁶⁴ ABPS, p. 4 ; Bär & Karrer, p. 4 ; Borel & Barbey, p. 1 ; Burckhardt, p. 3 ; CCIG, p. 2 ; CP, p. 5 ; COPTIS, p. 1 ; economiesuisse, p. 1 ; EXPERTsuisse, p. 2 ; FER, p. 2 ; FischerRampBuchmann, p. 1 ; FTAF, p. 2 ; GSCGI, p. 39 ; Forum PME, p. 2 ; Lanter, p. 5 ; Niederer Kraft Frey, p. 8 ; OREF, p. 1 ; RAIFFEISEN, p. 2 ; SATC, p. 2 ; FSA, p. 6 ; ASB, p. 1 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP-Ls, p. 7 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1 ; Verein STEP, p. 1 ; SUPSI, p. 2 ; ASEFID, p. 3 ; UNIGE, p. 5 ; UNIL, p. 17 ; ABG, p. 1 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 2 ; ZHK, p. 2 ; ZVDS, p. 2.

⁶⁵ TI, p. 5 ; VD, p. 2.

⁶⁶ ABPS, p. 4 ; Borel & Barbey, p. 5 ; CCIG, p. 2 ; CP, p. 5 ; EXPERTsuisse, p. 7 ; FischerRampBuchmann, p. 1 ; Forum PME, p. 2 ; Niederer Kraft Frey, p. 8 ; OREF, p. 3 ; ASB, p. 3 ; SATC, p. 2 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 1 ; ASEFID, p. 3 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 4.

⁶⁷ AG, p. 3 ; GR, p. 5 ; TI, p. 5.

⁶⁸ Niederer Kraft Frey, p. 8 ; SATC, p. 3 ; FSA, p. 5 ; ASB, p. 3 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 1 ; UNIL, p. 19 ; ABG, p. 1.

⁶⁹ EXPERTsuisse, p. 4 ; SATC, p. 2 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 2 ; ASEFID, p. 3.

⁷⁰ FSN, p. 10.

⁷¹ GE, p. 2.

⁷² FSN, p. 5 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1.

⁷³ NE, GR.

⁷⁴ PLR.

⁷⁵ Bär & Karrer, CSRF, Lanter, RAIFFEISEN, FSA, SFN, SGC, SwissFoundations, UZH, UNIL, ANB.

⁷⁶ PLR, Bär & Karrer, CSRF, Lanter, FSN, SGC.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Dans le même courant, 2 cantons⁷⁷ et 7 organisations⁷⁸ considèrent que l'adaptation de la fondation, une institution juridique suisse existante, connue et acceptée, répondrait au besoin d'un instrument de planification successorale et serait plus simple à mettre en place que le trust. Une organisation⁷⁹ estime qu'un trust suisse aurait pour effet de supprimer *de facto* la fondation de famille suisse et que son introduction devrait donc aller de pair avec une révision du droit des fondations.

Selon les partisans de la fondation d'entretien, une simple modification de l'art. 335 CC serait nécessaire⁸⁰. La suppression de l'art. 335, al. 2, CC devrait être au centre de la révision et les conditions de l'art. 335, al. 1, CC qui concernent le cercle des bénéficiaires et les buts admissibles devraient être assouplies.

La proposition d'une adaptation du droit des fondations de famille bénéficie d'un important soutien auprès des participants, mais on ne peut pas parler de plébiscite. En effet, la plupart ne l'évoque pas dans leur prise de position. D'autres la rejettent expressément. Ainsi, une organisation⁸¹ avance qu'en raison de la rigidité du droit des fondations, les fondations suisses seraient loin d'avoir le même potentiel que les trusts pour attirer et fidéliser les grandes fortunes internationales. Selon elle, les régulateurs et les autorités de surveillance des fondations auraient par ailleurs déjà signalé à maintes reprises par le passé qu'une multiplication des petites fondations en Suisse (« *Zer-Stiftung* ») n'était ni souhaitable ni économiquement judicieuse. Un parti⁸² et une organisation⁸³, opposés au trust en raison des risques d'abus, considèrent que le droit actuel des fondations est satisfaisant et s'opposent ainsi à sa libéralisation.

3.4.2 Évaluation des risques de blanchiment d'argent (BA), financement du terrorisme (FT) et autres abus

La majorité des participants est satisfaite par la réglementation actuelle qui s'applique aux trusts existants ainsi que de celle proposée par l'avant-projet pour le futur trust suisse (obligation du trustee d'identifier les ayants droit économiques). Un canton⁸⁴ et une organisation⁸⁵ saluent expressément l'application des standards internationaux permettant de lutter contre le blanchiment d'argent et d'éviter les comportements douteux. 2 autres organisations⁸⁶ expriment l'avis que les règles déjà existantes en matière de blanchiment d'argent permettent de réduire les risques de façon suffisante. Dans le courant contraire, les risques d'abus inhérents au trust, ainsi que le risque de réputation engendré pour la Suisse, sont évoqués par plusieurs participants opposés au projet. Toutefois, ces risques ne constituent le motif principal de refus que pour un parti⁸⁷, un canton⁸⁸ et 4 organisations⁸⁹, également opposés au principe de l'introduction du trust. Selon ces participants, le droit suisse présente déjà des lacunes dans la lutte

⁷⁷ GR, NE.

⁷⁸ Bär & Karrer, FSA, FSN, SwissFoundations, UZH, UNIL, ANB.

⁷⁹ Bär & Karrer.

⁸⁰ Bär & Karrer, FSN, SGC, SwissFoundations, UNIL, ANB.

⁸¹ Findling Grey.

⁸² PS.

⁸³ USS.

⁸⁴ GE.

⁸⁵ EXPERTsuisse.

⁸⁶ ABPS, ASG.

⁸⁷ PS.

⁸⁸ NE.

⁸⁹ Alliancesud, Public Eye, USS, CPFS.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

contre le blanchiment d'argent et le trust suisse créerait un nouveau moyen permettant la poursuite d'activités criminelles. Par conséquent, le trust suisse ne pourrait pas être introduit sans renforcer en même temps le dispositif juridique de lutte contre les risques BA/FT.

3 cantons⁹⁰, un parti⁹¹ et 3 organisations⁹² soutiennent qu'un registre public des trusts devrait être institué. Un canton⁹³ et 2 organisations⁹⁴ rejetant l'introduction du trust dans son ensemble estiment qu'un registre public serait à tout le moins requis. Un canton⁹⁵ doute que les règles prévues dans l'avant-projet permettent à la Suisse de répondre à ses engagements internationaux concernant l'échange d'informations en matière fiscale et la lutte contre les risques BA/FT. Il préconise donc l'introduction d'une exigence de siège ou de domicile en Suisse pour le trustee. Une organisation⁹⁶ demande que les dispositions légales soient renforcées au-delà de ce qui est prévu pour mieux garantir que les trusts ne soient pas utilisés à des fins abusives ; elle demande en particulier que la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0) soit révisée pour que les avocats y soient aussi soumis.

4 Remarques concernant les nouvelles dispositions du code des obligations

4.1 Remarques générales

Fondamentalement, une majorité de 8 cantons⁹⁷, 2 partis⁹⁸ et 28 organisations⁹⁹ approuvent le volet civil du projet de trust suisse. Toutefois, ceux-ci requièrent des modifications sur plusieurs points.

2 participants¹⁰⁰ sont d'avis que le trust suisse pourrait être rendu encore plus flexible et compétitif. De plus, 2 participants¹⁰¹ estiment que l'avant-projet présente des contradictions avec des principes de l'ordre juridique suisse en vigueur et que d'importantes adaptations ont été manquées.

4.2 Codification du trust dans le code des obligations (CO)

Une organisation¹⁰² soutient que le trust suisse tel que présenté est correctement intégré dans le droit civil.

Selon une organisation¹⁰³, le trust implique un nouveau type de droit réel et le code civil doit par conséquent être réformé. En outre, un participant¹⁰⁴ estime que le trust doit se trouver dans

⁹⁰ NE, GR, ZH.

⁹¹ PS.

⁹² UNIL, CSRF, USS.

⁹³ LU.

⁹⁴ Alliancesud, Public Eye.

⁹⁵ GR.

⁹⁶ Travail.Suisse.

⁹⁷ AG, AI, BE, GE, SO, TG, TI, ZG.

⁹⁸ Le Centre, PLR.

⁹⁹ FTAF, Findling Grey, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, STEP-Ls, Verein STEP, Walder Wyss, ZHK, Bär & Karrer, Cone Marshall, economiesuisse, GSCGI, Forum PME, Lanter, Niederer Kraft Frey, FSN, SGC, SUPSI, Travail.Suisse, UZH, veb.ch, ANB, CPFS, CSRF, SwissFoundations, UNIGE, ZNK.

¹⁰⁰ Findling Grey, STEP-Ge.

¹⁰¹ FSN, UZH.

¹⁰² Burckhardt.

¹⁰³ CP.

¹⁰⁴ UNIL.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

le code civil car le trust n'est pas un contrat : l'acte de trust est un acte juridique unilatéral sujet à réception et il peut être opposé à tout tiers.

4.2.1 Nature juridique et conception

Selon 3 cantons¹⁰⁵ et une organisation¹⁰⁶, l'avant-projet est à saluer dans la mesure où il ne reprend pas simplement le droit étranger, mais s'attèle au développement d'un trust suisse afin d'assurer une plus grande sécurité juridique. Un participant¹⁰⁷ soutient que cet effort est certes louable, mais que le projet ne garantit pas suffisamment la sécurité juridique faute de précisions suffisantes. Les éléments essentiels de l'acte de trust doivent être détaillés dans la loi. En outre, lorsqu'aucun trustee n'a été nommé dans un trust érigé par disposition pour cause de mort, la situation juridique des biens attribués au trust après le décès du constituant doit être repensée.

De l'avis contraire, 2 cantons¹⁰⁸ et 2 organisations¹⁰⁹ plaident en faveur d'un instrument de planification successorale reposant sur des institutions déjà connues du droit suisse : la Suisse ne doit pas utiliser un instrument de droit étranger inadapté aux conceptions juridiques helvétiques, créant ainsi une insécurité juridique.

4.2.2 Structure du trust

Selon un canton¹¹⁰, il convient de donner un numéro d'identification au trust conformément à la loi fédérale sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE ; RS 431.03) afin d'établir clairement l'identité des différents trusts.

4.2.3 Restrictions quant au but du trust

Selon 11 organisations¹¹¹, il n'est pas utile d'interdire les *purpose trusts*. Cela rendrait l'institution suisse peu attractive face aux trusts étrangers et il serait aisé de contourner cette interdiction par la création d'entités juridiques intermédiaires bénéficiaires.

Dans le courant opposé, un canton¹¹² et 3 organisations¹¹³ estiment que cette interdiction doit être maintenue pour éviter toute concurrence entre le trust et les fondations. En sus, un trust sans bénéficiaire et sans protecteur ne serait soumis à aucune forme de surveillance.

4.2.4 Limitation dans le temps et révocabilité

Selon un participant¹¹⁴, la tradition juridique suisse tend à minimiser la mainmise dans le temps du défunt sur les biens dont il dispose par succession. Par conséquent, soit la durée de vie du trust devrait être limitée à 80 ans, soit l'on devrait introduire un mécanisme similaire au droit d'auteur (durée de vie de l'auteur additionnée par 50 ans).

¹⁰⁵ AI, OW, ZG.

¹⁰⁶ Burckhardt.

¹⁰⁷ UZH.

¹⁰⁸ GR, VD.

¹⁰⁹ FSA, UNIL.

¹¹⁰ ZH.

¹¹¹ Bär & Karrer, Burckhardt, Findling Grey, GSCGI, Lanter, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss, SUPSI.

¹¹² GE.

¹¹³ SwissFoundations, UZH, UNIGE.

¹¹⁴ UZH.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Une organisation¹¹⁵ estime au contraire que le trust devrait au moins pouvoir être érigé pour une durée de 150 ans afin d'assurer la compétitivité du trust suisse face aux places financières étrangères. Pour réduire les risques de blanchiment d'argent, on pourrait notamment prévoir une durée minimale de vie du trust, par exemple de 5 ans, pour rendre le trust moins attractif à des fins criminelles.

4.2.5 Constitution

Compte tenu de la technicité du trust (ex. conditions formelles, réserves légales héréditaires, etc.) et des risques d'abus à l'égard de créanciers, conjoint ou héritiers, 3 cantons¹¹⁶ et 3 organisations¹¹⁷ soutiennent que la forme authentique doit être exigée à la constitution du trust. De plus, seule la forme authentique permettrait au constituant de véritablement disposer de son patrimoine conformément à ses souhaits et ainsi éviter tout conflit ou, à tout le moins, disposer en connaissance de cause. Un de ces cantons¹¹⁸ indique que l'on pourrait renoncer à cette forme qualifiée uniquement si le trustee est un professionnel soumis aux réglementations sur les intermédiaires financiers. Dans le courant opposé, une organisation¹¹⁹ estime que dès lors que les éléments essentiels de l'acte de trust peuvent être déterminés autrement que par la forme écrite, l'acceptation du patrimoine par le trustee doit suffire à la constitution du trust.

Un canton¹²⁰ a émis différentes propositions au sujet de la constitution du trust. Il suggère d'exiger le consentement du conjoint lors de la création d'un trust. De plus, le consentement de l'autorité de protection de l'enfant devrait également être requis en présence d'enfants. En cas de trust commercial, les dispositions de la loi sur la fusion (LFus ; RS 221.301) protégeant les créanciers doivent être appliquées par analogie. Une organisation¹²¹ salue l'obligation de tenir une comptabilité simplifiée (carnet de lait) ; toutefois, elle souhaite que le principe de la comptabilité régulière (art. 957, al. 3, CO) soit ancré dans le droit des trusts. Finalement, 3 cantons¹²², un parti¹²³ et 3 organisations¹²⁴ soutiennent qu'un registre public des trusts devrait être institué. Un canton¹²⁵ et 2 organisations¹²⁶ rejetant l'introduction du trust dans son ensemble estiment qu'un registre public serait à tout le moins requis. Cela correspondrait à la réglementation de l'Union Européenne et au mouvement internationale vers une plus grande transparence en matière fiscale.

Selon une organisation¹²⁷, il n'est pas cohérent de prévoir des conditions plus strictes pour modifier l'acte de trust comparé à ce qui est requis pour modifier un acte d'une fondation.

¹¹⁵ Findling Grey.

¹¹⁶ GR, NE, ZH.

¹¹⁷ CP, FSN, ANB.

¹¹⁸ ZH.

¹¹⁹ Burckhardt.

¹²⁰ NE.

¹²¹ veb.ch.

¹²² NE, GR, ZH.

¹²³ PS.

¹²⁴ UNIL, CSRF, USS.

¹²⁵ LU.

¹²⁶ Alliancesud, Public Eye.

¹²⁷ UZH.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.2.6 Droits et obligations des participants

4.2.6.1 Remarques générales

Selon un canton¹²⁸ et une organisation¹²⁹, les droits des participants et des tiers (conjoint, créanciers, héritiers) ne sont pas suffisamment protégés.

Un participant¹³⁰ soutient que le projet ne doit pas s'écarter du principe de la relativité des contrats et des règles sur l'acquisition de bonne foi, *a fortiori* s'il est renoncé à exiger l'inscription du trust à un registre public.

4.2.6.2 Constituant

Selon une organisation¹³¹, il est louable d'avoir octroyé au constituant la possibilité de modifier les dispositions de l'acte de trust. Toutefois, compte tenu des risques d'abus, il convient de restreindre cette faculté dans certains cas (exigence de la nomination de plusieurs trustees, existence d'un protecteur, etc.).

4.2.6.3 Trustee

Selon un canton¹³², compte tenu des risques d'abus, les trustees, professionnels ou non, doivent être soumis à la réglementation sur les intermédiaires financiers.

Selon une organisation¹³³, la responsabilité personnelle du trustee pourrait mener à une augmentation des frais d'administration du trust compte tenu notamment du besoin d'une assurance en cas de responsabilité.

Une organisation¹³⁴ salue l'obligation faite au trustee d'agir personnellement.

Selon un participant¹³⁵, la loi doit régler la situation en cas de litige entre un bénéficiaire et le trustee car le patrimoine du trust pourrait être mis en péril (par ex. mesures superprovisionnelles). En outre, il convient d'indiquer expressément la procédure à suivre en cas de litige quant à la rémunération du trustee.

Une organisation¹³⁶ soutient qu'il convient de définir plus précisément les pouvoirs de disposition du trustee et d'indiquer si ces pouvoirs sont présents par défaut ou doivent être prévus dans l'acte de trust.

En sus, compte tenu des diverses utilisations du trust, une organisation¹³⁷ salue la grande marge de manœuvre offerte pour l'organisation du trust (par ex. exclusion de l'obligation d'agir en toute indépendance, etc.). Toutefois, il n'est pas opportun de prévoir que l'acte de trust

¹²⁸ NE.

¹²⁹ CPFS.

¹³⁰ UNIL.

¹³¹ UZH.

¹³² GE.

¹³³ UZH.

¹³⁴ UZH.

¹³⁵ UZH.

¹³⁶ Cone Marshall.

¹³⁷ UZH.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

puisse exclure un devoir de diligence ou la séparation du patrimoine du trust du patrimoine personnel du trustee.

4.2.6.4 Bénéficiaire

Une organisation¹³⁸ salue la possibilité offerte de constituer des *discretionary* et des *fixed interest trusts*. En outre, il est cohérent que, lorsqu'il s'agit d'un *discretionary trust*, les attentes d'un bénéficiaire ne soient ni cessibles ni transmissibles. Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'un *fixed interest trust*, les droits des bénéficiaires doivent pouvoir être cédés et transmis par disposition pour cause de mort, conformément aux principes généraux en droit suisse des successions. Finalement, il convient de déterminer si les prestations issues d'un *fixed interest trust* peuvent être réalisées dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée.

4.2.7 Patrimoine du trust

Un participant¹³⁹ indique que la séparation des patrimoines du trustee telle que prévue par l'avant-projet mènera à des opérations de crédit inadéquates (par ex. octroi de crédits à une personne en situation d'insolvabilité). Un registre public, même simple, doit être prévu pour y remédier. Une organisation¹⁴⁰ estime qu'il existe des frictions entre les principes de droit suisse et la possibilité de séparer les patrimoines du trustee.

En ce qui concerne les exigences de forme, 2 organisations¹⁴¹ soutiennent que le transfert de biens immobiliers dans le trust doit revêtir la forme authentique ; cette exigence doit être expressément indiquée dans la loi. En outre, elles saluent le maintien de la mention du lien entre le trust et l'immeuble au registre foncier.

En cas de constitution d'un trust par disposition pour cause de mort, une organisation¹⁴² soutient que l'avant-projet engendre des contradictions. Dans le même courant, 4 organisations¹⁴³ indiquent que si l'acte de trust ne prévoit pas de remplaçant au trustee/protecteur et que l'unique trustee décède, entre le moment du décès et la nomination du nouveau trustee par le juge, le patrimoine du trust est sans propriétaire car il ne tombe pas dans la succession du trustee. Cette situation doit être évitée, notamment en prévoyant l'obligation de nommer un protecteur ou un second trustee. À défaut, certains patrimoines risquent d'être préterités par une gestion temporairement inexistante (par ex. positions sur des marchés financiers). De la même manière, lorsqu'aucun trustee n'a été nommé dans un trust érigé par disposition pour cause de mort, la situation juridique des biens attribués au trust après le décès du constituant doit être repensée. 2 participants¹⁴⁴ soutiennent que si cette situation n'est pas réglée, les principes généraux trouveront à s'appliquer et les biens seront probablement dévolus aux héritiers en attendant la désignation du trustee. Cependant, une fois le trustee nommé, ce dernier aura parfois des difficultés à récupérer les biens auprès des héritiers car ces derniers en auront peut-être disposé.

¹³⁸ UZH.

¹³⁹ UNIL.

¹⁴⁰ CSRF.

¹⁴¹ CSRF, ZNK.

¹⁴² CSRF.

¹⁴³ UZH, FSN, ANB, ZNK.

¹⁴⁴ FSA, ZNK.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Selon un participant¹⁴⁵, la loi doit prévoir une disposition régissant le cas d'un transfert entre le patrimoine personnel du trustee et le patrimoine du trust et inversement, et les conditions d'opposabilité d'un tel transfert. Le projet, en créant la possibilité de détenir deux patrimoines sur une seule tête, soulève de nombreuses questions : double représentation, besoin d'un curateur, prescription, compensation, notification d'actes sujets à réception, confusion (art. 118 CO), etc. Selon ce participant, pour remédier à toutes ces incertitudes, il convient de prévoir que les actes modifiant le contenu des patrimoines entre eux ne sont pas opposables aux tiers.

4.2.8 Aspects procéduraux

Un participant¹⁴⁶ salue la possibilité d'intégrer une clause d'arbitrage ou de choisir le for.

À l'opposé, selon une organisation¹⁴⁷, compte tenu du manque d'expérience des tribunaux suisses, l'introduction d'un for en Suisse s'associera à une augmentation des frais judiciaires et du travail des autorités.

4.2.9 Transparence et législation anti-blanchiment d'argent pour les trusts

Un canton¹⁴⁸ et une organisation¹⁴⁹ saluent l'application des standards internationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et l'évasion fiscale.

Dans le courant opposé, 2 cantons¹⁵⁰, un parti¹⁵¹ et 5 organisations¹⁵² estiment que l'introduction du trust permettra la multiplication d'investissements opaques en Suisse dès lors que le trust permet d'ériger des montages financiers complexes. Les dispositions de l'avant-projet sont par conséquent insuffisantes pour lutter contre les risques de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme et d'évasion fiscale. Des obligations de domicile du trustee en Suisse ou la création d'un registre public des trusts devraient être prévues.

Selon une organisation¹⁵³, pour réduire les risques BA/FT, on pourrait prévoir une durée de vie minimale du trust, par exemple de 5 ans, pour rendre le trust moins attractif à des fins criminelles.

4.3 Remarques article par article (code des obligations)

4.3.1 Art. 529a

4.3.1.1 Art. 529a, al. 1

Un canton¹⁵⁴ juge que cet article définit le trust de façon trop large et qu'il convient d'exclure tous les *purpose trusts*, purs ou mixtes, ainsi que tout trust pouvant avoir une activité, même partielle, d'utilité ou de service public. 11 organisations¹⁵⁵ estiment au contraire qu'une telle limitation n'est pas justifiée : il convient d'examiner comment les *purpose trusts* pourraient être

¹⁴⁵ UNIL.

¹⁴⁶ UZH.

¹⁴⁷ CP.

¹⁴⁸ GE.

¹⁴⁹ EXPERTsuisse.

¹⁵⁰ GR, ZH.

¹⁵¹ PS.

¹⁵² Alliancesud, Public Eye, CSRF, USS, UNIL.

¹⁵³ Findling Grey.

¹⁵⁴ GE.

¹⁵⁵ Bär & Karrer, Burckhardt, Findling Grey, GSCGI, Lanter, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss, SUPSI.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

intégrés dans le système de droit civil existant pour créer une alternative à la fondation d'utilité publique et sa surveillance étatique. Un autre participant¹⁵⁶ soutient qu'une éventuelle concurrence entre la fondation et le trust ne devrait pas être un obstacle à l'introduction du trust. Cette restriction de but ne correspondrait pas à la définition de la Convention de la Haye sur la reconnaissance des trusts : le droit suisse actuel prévoit la reconnaissance des *purpose trusts* de droit étranger. Une organisation¹⁵⁷ juge que le trust d'intérêt public au sens de l'art. 56, let. g, de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11) devrait être autorisé.

Selon un canton¹⁵⁸, les expressions utilisées en allemand « *zuwidmen* », « *zugewidmet* » et « *Zuwidmung* » ne sont pas connues ni appliquées en langue allemande : à des fins de clarté, il convient de ne pas créer de nouveaux termes, ou à tout le moins, de les définir dans le rapport explicatif. Selon une organisation¹⁵⁹, la terminologie allemande de la disposition ne doit pas s'écarter de la terminologie utilisée pour les fondations (art. 80 CC : « *Widmung* », « *Vermögen* »).

Une organisation¹⁶⁰ indique que la définition proposée est peu claire et s'éloigne trop de la notion du trust anglo-saxon. Celle-ci propose la définition suivante : « un rapport d'obligations, voulu par le constituant, qui exprime, expressément ou tacitement, la volonté d'obliger le trustee à détenir certains biens en trust dans l'intérêt de bénéficiaires ou d'un but ».

4.3.1.2 Art. 529a, al. 2

Une organisation¹⁶¹ salue l'avant-projet dans la mesure où il offre la possibilité de constituer le trust par simple forme écrite ou par disposition pour cause de mort, sachant que le trust est fréquemment utilisé à des fins successorales. En sus, une organisation¹⁶² souhaite qu'il soit expressément indiqué qu'il est possible de constituer un trust par simple déclaration unilatérale des trustees ou par simple manifestation de volonté du constituant.

Dans le courant opposé, 3 organisations¹⁶³ estiment que la forme écrite n'empêche pas que l'acte de trust soit antidaté ou qu'il y ait plusieurs versions différentes, ce qui pourrait mener à des abus envers des créanciers, héritiers ou conjoint ainsi qu'envers les autorités fiscales. Elles proposent donc que si l'on renonce à un registre des trusts, l'on exige néanmoins que la constitution du trust respecte la forme authentique. 4 organisations¹⁶⁴ soutiennent également que la forme authentique doit être exigée car la rédaction d'un acte de trust est une tâche complexe qui, si mal exécutée, peut mener à de nombreux litiges. De plus, le transfert subséquent d'immeubles détenus par le trustee pourrait se baser sur l'acte de trust et ne pas nécessiter un nouvel acte authentique. Cette exigence de forme permettrait en outre d'assurer la conservation de l'acte de trust auprès d'un notaire.

¹⁵⁶ Lanter.

¹⁵⁷ SUPSI.

¹⁵⁸ ZH.

¹⁵⁹ ZNK.

¹⁶⁰ GSCGI.

¹⁶¹ Walder Wyss.

¹⁶² GSCGI.

¹⁶³ CPFS, FSN, ANB.

¹⁶⁴ CSRF, FSN, ANB, ZNK.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.2 Art. 529b

4.3.2.1 Commentaires généraux

Une organisation¹⁶⁵ indique que dans le cas d'un trust constitué par écrit du vivant du constituant, si le trustee refuse sa désignation ou si les biens ne sont pas transférés en respectant le droit suisse (par ex. forme authentique pour les immeubles), les biens se trouvent dans « un état de suspension ». Pour éviter cette situation, elle propose que, lors de la constitution du trust, l'on exige également l'accord écrit du trustee et le transfert des biens au trustee. La loi pourrait prévoir les conséquences en cas de refus du trustee ou de non-respect des règles du transfert (par ex. nullité *ex nunc*). En sus, la loi devrait régir le cas où le trust est constitué par pacte successoral mais que les biens qui devaient être dévolus au trust disparaissent avant le décès du constituant.

4.3.2.2 Art. 529b, al. 1

Une organisation¹⁶⁶ estime qu'il existe des incertitudes en ce qui concerne les *essentialia negotii* requis pour constituer le trust et le critère décisif qui détermine le moment où le trust devient effectif. Selon un canton¹⁶⁷ et une organisation¹⁶⁸, cette disposition est même incomplète car il ressort de l'art. 529d, al. 1, AP-CO que l'acte de trust doit indiquer s'il s'agit d'un *discretionary trust* ou d'un *fixed interest trust* : l'art. 529b, al. 1, AP-CO devrait donc disposer que le type de trust est un élément essentiel de l'acte de trust. Une autre solution serait de prévoir que le *discretionary trust* est le trust par défaut.

Selon une organisation¹⁶⁹, le mode de distribution des biens est un élément essentiel qui doit impérativement figurer dans l'acte de trust.

4.3.2.3 Art. 529b, al. 2

Compte tenu des droits et obligations importants du trustee, 5 participants¹⁷⁰ estiment qu'il n'est pas adéquat de permettre au constituant d'ériger un trust par disposition pour cause de mort sans désigner le trustee, contrairement à ce qui est prévu pour l'exécuteur testamentaire. Le constituant pourrait nommer un trustee et des trustees-remplaçants, ou alors nommer une personne morale comme trustee pour assurer que son trust soit administré par une personne de son choix. En outre, des explications supplémentaires au sujet de l'acte de disposition selon le droit suisse sont nécessaires. La désignation du trustee devrait faire partie des *essentialia negotii*.

Selon une organisation¹⁷¹, il convient de préciser si, dans le cadre d'un trust constitué par disposition pour cause de mort, un trustee successeur non-désigné par le constituant peut être désigné par le juge.

¹⁶⁵ FSA.

¹⁶⁶ Walder Wyss.

¹⁶⁷ ZH.

¹⁶⁸ Walder Wyss.

¹⁶⁹ GSCGI.

¹⁷⁰ CSRF, FSN, ANB, Walder Wyss, ZNK.

¹⁷¹ Walder Wyss.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.2.4 Art. 529b, al. 3

3 organisations¹⁷² estiment que l'obligation de mentionner précisément les biens que le constituant affecte au trust ne doit pas être limitée aux cas où le constituant est lui-même trustee.

Une organisation¹⁷³ propose de préciser si, dans le cas où le constituant se désigne lui-même trustee, des expectatives successorales peuvent être dévolues au trust par le constituant.

4.3.2.5 Art. 529b, al. 5

Selon une organisation¹⁷⁴, il convient de préciser comment le trustee acquiert les biens dévolus au trust. En outre, une organisation¹⁷⁵ soutient que l'art. 529b AP-CO doit indiquer le moment où le trust déploie ses effets lorsque le constituant se nomme lui-même trustee. Selon un participant¹⁷⁶, cet alinéa doit être précisé : le consentement du trustee a-t-il une incidence sur l'existence du trust ou uniquement sur ses effets à l'égard des tiers ? Un participant¹⁷⁷ souhaite qu'en cas de constitution du trust par disposition pour cause de mort, le trust existe dès le décès du défunt ; toutefois, le trustee ne pourrait disposer des biens qu'une fois leur transfert effectué.

2 participants¹⁷⁸ soulignent que, selon le rapport explicatif, en cas de transfert de propriété immobilière, un titre d'acquisition n'est pas requis et seul l'acte de disposition (demande d'inscription au registre foncier) est nécessaire ; en outre, l'acceptation du trustee sous la simple forme écrite ne doit pas toujours mentionner expressément les biens transférés. Selon ces participants, ces règles entrent en contradiction avec l'ordre juridique suisse. En sus, les dettes attachées aux biens immobiliers transférés ne suivent pas le sort de l'immeuble, préjudicant ainsi les intérêts des créanciers. Par conséquent, ces participants soutiennent que les biens immobiliers transférés doivent toujours être mentionnés dans l'acte de trust et ce dernier doit toujours revêtir la forme authentique en cas de transfert de propriété immobilière.

Selon 2 organisations¹⁷⁹, les séparations de patrimoine fixées par le droit des successions (par ex. répudiation, acceptation) doivent être coordonnées avec celle prévue par l'avant-projet (moment où le trust déploie ses effets). En outre, il n'est pas acceptable que le constituant lui-même trustee puisse ériger un trust avec effet envers tous par simple déclaration écrite.

4.3.2.6 Art. 529b, al. 6

Un participant¹⁸⁰ salue le renvoi aux dispositions protectrices des créanciers, conjoints et héritiers.

Selon un participant¹⁸¹, le rapport entre l'art. 529b, al. 6, AP-CO et la doctrine des « biens aisément négociables » du Tribunal fédéral n'est pas clair.

¹⁷² GSCGI, CSRF, ZNK.

¹⁷³ FSA.

¹⁷⁴ ZNK.

¹⁷⁵ CSRF.

¹⁷⁶ STEP-Ls.

¹⁷⁷ Walder Wyss.

¹⁷⁸ FSN, ANB.

¹⁷⁹ UNIL, Walder Wyss.

¹⁸⁰ Walder Wyss.

¹⁸¹ CSRF.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.3 Art. 529c

Selon un canton¹⁸², il faut être plus précis en ce qui concerne les notions de bénéficiaire et de lien entre le constituant et le bénéficiaire. Selon un autre canton¹⁸³, des abus sont possibles dans l'hypothèse où le bénéficiaire pourrait justifier de son identité par un titre au porteur : il ne serait plus possible de suivre la trace des valeurs. Il faut par conséquent prévoir que la qualité de bénéficiaire ne puisse pas être justifiée par un titre ou que cette qualité soit incessible. Selon une organisation¹⁸⁴, de manière générale, compte tenu des possibilités d'aménagement des pouvoirs du trustee, constituant et protecteur, il existe de grands risques d'abus. Plus particulièrement, dès lors qu'on permet à un constituant de se désigner comme unique bénéficiaire (*asset protection trust*), des tiers peuvent se voir lésés. En outre, l'indépendance requise à l'art. 529h, al. 3, ch. 1-2, AP-CO n'existe pas lorsque le trustee est lui-même bénéficiaire.

Une organisation¹⁸⁵ salue la possibilité d'attribuer la qualité de bénéficiaire à des personnes déterminées ou déterminables. Il est opportun d'indiquer que le constituant peut utiliser le but d'une organisation (ex. but d'utilité publique) ou le statut fiscal de cette dernière comme critères pour déterminer le bénéficiaire du trust. Selon une organisation¹⁸⁶, la formulation est toutefois compliquée : sont des bénéficiaires des personnes déterminées ou déterminables.

En outre, selon 2 organisations¹⁸⁷, dans le cas où le trustee devient l'unique bénéficiaire, il convient de préciser si la conséquence est la nullité, si cette nullité a des effets *ex tunc* ou *ex nunc* (seulement à partir du moment où le trustee est devenu l'unique bénéficiaire), et/ou préciser si l'art. 529u AP-CO s'applique. Il faut aussi tenir compte de la situation où des bénéficiaires futurs existeraient (ex. enfant à naître). Selon une organisation¹⁸⁸, le rapport explicatif indique que l'enfant à naître peut être désigné comme bénéficiaire ; toutefois, il convient que l'enfant non encore conçu puisse également être considéré comme bénéficiaire.

Selon une organisation¹⁸⁹, il n'est pas approprié d'interdire que le trustee soit l'unique bénéficiaire car, dans la pratique, cette situation peut se justifier.

4.3.4 Art. 529d

Selon un canton¹⁹⁰, cette disposition pourrait prévoir que le *discretionary trust* est le trust par défaut.

Selon 2 organisations¹⁹¹, il n'est pas opportun d'exclure la transmissibilité par succession de la qualité de bénéficiaire. Une organisation¹⁹² poursuit en affirmant plutôt qu'il est correct de faire la distinction entre les vraies créances et les simples expectatives (on retrouve cette distinction dans le droit de la fondation). Toutefois, lorsque la disposition prévoit l'intransmissibilité du droit d'un bénéficiaire, cela va à l'encontre du droit de la fondation : la créance échue en faveur du défunt doit toujours être honorée par le trustee. Dans le cas contraire, on encouragerait à

¹⁸² GE.

¹⁸³ ZH.

¹⁸⁴ CPFS.

¹⁸⁵ UNIGE.

¹⁸⁶ STEP-Ls.

¹⁸⁷ Burckhardt, UNIL.

¹⁸⁸ Walder Wyss.

¹⁸⁹ Burckhardt.

¹⁹⁰ ZH.

¹⁹¹ STEP-Ls, Lanter.

¹⁹² UNIL.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

ne pas honorer les créances envers le trust de personnes âgées ou malades. En ce qui concerne la qualité de bénéficiaire elle-même, cette dernière est réglée selon l'acte de trust. Le décès du bénéficiaire ne permet pas aux descendants de réclamer des prestations à l'avenir si ces descendants ne sont pas eux-mêmes bénéficiaires.

A l'opposé, une organisation¹⁹³ soutient qu'octroyer la possibilité de céder le droit aux prestations entrave la faculté du trustee de remplir ses obligations d'identification prévues à l'art. 529j AP-CO. Une organisation¹⁹⁴ poursuit en affirmant qu'octroyer un droit légal de cession des prestations va à l'encontre du but du trust. En sus, elle souhaite qu'il soit expressément indiqué dans la loi qu'à défaut de disposition contraire dans l'acte de trust, il est possible d'ajouter, de suspendre ou d'exclure un ou des bénéficiaires.

Selon 5 organisations¹⁹⁵, il est opportun de préciser si une renonciation temporaire aux prestations est possible. En outre, selon un participant¹⁹⁶, il est indispensable de prévoir que la renonciation aux prestations ne doit pas pouvoir porter préjudice à des tiers. Finalement, il doit être prévu que des bénéficiaires prédéterminés aient la possibilité d'être titulaires d'un droit réel limité sur les valeurs du trust.

Selon une organisation¹⁹⁷, la loi devrait indiquer que les *letters of wishes* sont possibles afin de guider le trustee dans son pouvoir discrétionnaire.

4.3.5 Art. 529e

Selon un canton¹⁹⁸, la disposition semble incomplète et il serait donc opportun de la supprimer, faute d'utilité.

Selon un participant¹⁹⁹, la disposition doit être précisée dans la mesure où il y aurait plusieurs constituants : délégation, constitution du trust par disposition pour cause de mort, constituants déclarés absents, deuxième constituant également trustee, etc. Un autre participant²⁰⁰ soutient qu'un trust ne devrait pas pouvoir être érigé par plusieurs constituants par disposition pour cause de mort (« *korrespektives Testament* ») ; seul le pacte successoral devrait être possible dans ce cas.

Selon une organisation²⁰¹, il faut préciser que l'acte de trust peut conférer au constituant le pouvoir de demander au trustee de présenter les comptes du trust conformément au titre 32 du CO et de mandater une révision.

Selon une organisation²⁰², il convient de prévoir que, dans le cadre d'une poursuite à l'encontre du constituant, dès lors que le constituant s'est réservé le droit de révoquer le trust, chaque créancier détenteur d'un acte de défaut de bien ou la masse en faillite peut agir en révocation

¹⁹³ FTAF.

¹⁹⁴ GSCGI.

¹⁹⁵ GSCGI, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

¹⁹⁶ UNIL.

¹⁹⁷ SUPSI.

¹⁹⁸ ZH.

¹⁹⁹ UNIL.

²⁰⁰ ZNK.

²⁰¹ EXPERTsuisse.

²⁰² CPFS.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

du trust ; il n'est pas acceptable que les biens du trust soient soutirés de la mainmise des créanciers si l'on est en présence d'un *revocable trust*.

Selon 5 organisations²⁰³, l'interdiction de la représentation prévue à l'alinéa 2 ne se justifie pas : le trust suisse serait plus attrayant si l'on pouvait prévoir qu'en cas de perte de la capacité de discernement du constituant, un mandataire pourrait être nommé et exercer les droits du constituant. Selon une autre organisation²⁰⁴, l'alinéa 2 doit être précisé pour indiquer si l'on fait référence aux droits strictement personnels.

Selon une organisation²⁰⁵, compte tenu de l'art. 529h, al. 2, ch. 3, AP-CO, la formulation de cet article est trop imprécise : il convient de renvoyer à l'art. 957, al. 1, CO.

Selon un participant²⁰⁶, il convient d'inverser la règle par défaut : le constituant devrait disposer par défaut de ces prérogatives. Il aurait toujours la possibilité de les exclure expressément.

4.3.6 Art. 529f

Selon une organisation²⁰⁷, il est opportun d'interdire au protecteur de mettre fin au trust après le décès du constituant. Au contraire, selon 4 autres organisations²⁰⁸, le pouvoir de mettre fin au trust par le protecteur ne devrait pas s'éteindre à la mort du constituant. En outre, la terminologie est problématique : le protecteur ne devrait pas pouvoir « révoquer » le trust du vivant du constituant ; un autre terme devrait être utilisé car le pouvoir de révocation n'appartient qu'à celui qui a constitué le trust. Finalement, comme dans l'art. 529h AP-CO, il convient d'indiquer à l'alinéa 3 que le protecteur agit « exclusivement » dans l'intérêt des bénéficiaires.

Un participant²⁰⁹ soutient qu'il n'est pas cohérent d'exiger la majorité des voix pour les décisions des protecteurs, tandis que pour les trustees, l'unanimité est requise.

Selon une autre organisation²¹⁰, l'alinéa 2 doit être précisé pour indiquer si l'on fait référence aux droits strictement personnels.

4.3.7 Art. 529g

Selon un canton²¹¹ et une organisation²¹², dans le cas où le trust serait administré par plusieurs trustees, la règle par défaut pour les prises de décision devrait être la majorité et/ou devrait prévoir que les trustees peuvent décider eux-mêmes de la majorité requise et ce afin d'éviter des situations de blocage. Selon ce même canton et 6 organisations²¹³, il convient de préciser quel est le régime (propriété commune, copropriété, société simple) applicable à la propriété en commun des biens du trust prévue à l'art. 529g, al. 5, ch. 1, AP-CO. De plus, il existe une contradiction d'une part, entre les principes de droit réel (not. art. 646, al. 3, CO) et les dispositions de l'avant-projet et d'autre part, entre l'art. 529g (qui suggère que le trustee répond

²⁰³ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

²⁰⁴ STEP-Ls.

²⁰⁵ veb.ch.

²⁰⁶ ZNK.

²⁰⁷ STEP-Ls.

²⁰⁸ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

²⁰⁹ STEP-Ls.

²¹⁰ STEP-Ls.

²¹¹ ZH.

²¹² FSA.

²¹³ CSRF, Niederer Kraft Frey, FSN, STEP-Ls, ANB, ZNK.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

des dettes liées au trust sur son patrimoine personnel) et l'art. 529n (qui semble suggérer que seul le patrimoine séparé du trust « répond » des dettes liées au trust) AP-CO. En outre, en-dehors des cas de décès d'un trustee, la solution prévue pour le transfert des biens du trust à un nouveau trustee est insatisfaisante, en particulier pour les trusts de grande taille ; l'art. 181 CO seul ne peut résoudre les problèmes existants. L'application de la LFus ou la création d'un contrat produisant des effets de droit réel seraient envisageables.

Un canton²¹⁴ s'interroge sur l'interaction entre l'art. 529g, al. 5, ch. 2, AP-CO et l'art. 529g, al. 1, AP-CO : plusieurs trustees doivent-ils toujours signer ensemble ou sont-ils autorisés (vis-à-vis de l'extérieur) à disposer individuellement du patrimoine du trust ? Comment cela est-il communiqué aux tiers ? L'indivision connaît l'inscription du chef de l'indivision au registre du commerce (art. 341, al. 3, CC) comme possibilité de limiter la représentation vis-à-vis de l'extérieur.

Une organisation²¹⁵ salue la manière dont la responsabilité du trustee est prévue. Toutefois, il ne convient pas d'établir un régime particulier en ce qui concerne la responsabilité pour fait d'auxiliaire : pour assurer l'unité du droit, il ne faut s'écarter des règles générales qu'en présence de raisons importantes. Selon 6 organisations²¹⁶, il convient de préciser les limites existantes à l'exclusion de responsabilité (faute grave, légère, etc.). Selon une organisation²¹⁷, les violations de l'acte de trust ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une exclusion de responsabilité.

Dans le courant opposé, 9 organisations²¹⁸ estiment que le trust suisse n'est pas attractif et est contraire au système juridique dès lors que le trustee est indéfiniment responsable ; le trustee ne devrait répondre que sur les biens du trust. Il n'est pas toujours possible de négocier les termes généraux de certains contrats. En sus, le nombre de créanciers n'est pas toujours identifiable dès le départ. La solution proposée par l'avant-projet risque de pousser les trustees à créer des sociétés sous-jacentes pour limiter leur responsabilité. Les trustees non-professionnels ne se rendront pas forcément compte des responsabilités qu'ils acceptent. Finalement, soumettre le trustee à la surveillance de la FINMA permet d'augmenter la qualité des trustees ; en revanche, cela augmente la bureaucratie et limite les structures capables d'offrir le service en question.

Selon 7 participants²¹⁹, le trustee, lorsqu'il agit en cette qualité, doit agir en son propre nom et en sa qualité de trustee : ainsi, en ce qui concerne l'établissement de la responsabilité, il ne serait pas nécessaire de déterminer si le trustee a agi dans l'exercice régulier de ses fonctions. On pourrait cependant retenir comme élément déterminant la bonne foi des tiers qui traitent avec le trust. Le patrimoine du trust répondrait des obligations que le trustee aurait contractées en sa qualité de trustee, même si le trustee n'avait pas les pouvoirs requis ; dans ce dernier cas, le patrimoine personnel du trustee devrait répondre du dommage causé au trust.

Selon 6 organisations²²⁰, la limitation de responsabilité prévue à l'alinéa 3 pourrait également être exclue par convention avec les bénéficiaires du trust.

²¹⁴ ZH.

²¹⁵ Bär & Karrer.

²¹⁶ STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

²¹⁷ UNIL.

²¹⁸ FTAF, GSCGI, Niederer Kraft Frey, SUPSI, STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

²¹⁹ Niederer Kraft Frey, FSA, STEP-Ge, STEP-Ls, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

²²⁰ FSA, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Une organisation²²¹ soutient que la responsabilité personnelle solidaire par défaut des trustees est contraire au système car le patrimoine du trust est séparé de celui des trustees.

4.3.8 Art. 529h

Selon une organisation²²², instituer le trustee comme bénéficiaire devrait être interdit, faute de quoi l'indépendance du trustee ne serait que théorique. Selon une organisation²²³, chaque fois qu'un acte modifie le patrimoine du trust par rapport au patrimoine personnel du trustee, une obligation de recourir à un curateur nommé par l'autorité devrait exister. Un participant²²⁴ poursuit en affirmant que la possibilité de renoncer à la séparation des patrimoines prévue à l'art. 529h, al. 3, ch. 4, AP-CO ne doit pas être octroyée compte tenu des risques que cela représente pour les créanciers.

Selon une organisation²²⁵, le devoir de diligence du trustee doit être objectivé et ne doit pas dépendre de la qualification ni de la formation de celui-ci. En outre, un autre participant²²⁶ soutient qu'il doit être interdit au trustee de percevoir toute rétrocession.

Selon 4 organisations²²⁷, il convient d'ajouter le trust à l'art. 957, al. 2, CO. En outre, les clarifications suivantes sont requises : (i) l'art. 957, al. 2, ch. 3, relatif aux audits des fondations s'applique-t-il également aux trusts ? (ii) le seuil de CHF 500'000.- de chiffre d'affaires mentionné à l'art. 957, al. 2, ch. 1, CO s'applique-t-il aux trusts (étant entendu que les trusts n'ont généralement pas de chiffre d'affaires) ? (iii) l'art. 529h, al. 2, ch. 3, AP-CO exige-t-il une comptabilité basée sur les liquidités ou autorise-t-il également la méthode dite d'engagement ou la comptabilité selon les normes IFRS ? (iv) les autres dispositions et seuils du CO relatifs à la comptabilité et à l'audit sont-ils applicables aux trusts (ex. art. 963a CO, art. 963b, al. 4, CO, art. 727 CO) ? Selon une organisation²²⁸, pour les grands trusts, la comptabilité simplifiée n'est pas suffisante. Une organisation²²⁹ salue l'obligation de tenir une comptabilité simplifiée (carnet de lait) ; toutefois, elle souhaite que le principe de la comptabilité régulière (art. 957, al. 3, CO) soit ancré dans le droit des trusts.

Selon une organisation²³⁰, la liste devrait être complétée pour combler le maximum d'incertitudes. Dans le même courant, 2 organisations²³¹ estiment que l'alinéa 3 n'est pas complet, il convient d'ajouter : l'obligation de saisir le juge dans certains cas ; le devoir d'information envers les/certains bénéficiaires quant à l'existence du trust ; dans le cas d'un *discretionary trust*, le devoir de considérer régulièrement l'opportunité de procéder à des distributions.

4.3.9 Art. 529i

Selon une organisation²³², le devoir d'information est très large et des précisions sont requises quant au but de la communication et aux informations de base ou minimales qui doivent

²²¹ Niederer Kraft Frey.

²²² CSRF.

²²³ UNIL.

²²⁴ Lanter.

²²⁵ Niederer Kraft Frey.

²²⁶ SUPSI.

²²⁷ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

²²⁸ STEP-Ls.

²²⁹ veb.ch.

²³⁰ Walder Wyss.

²³¹ STEP-Ls, UNIL.

²³² Cone Marshall.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

être fournies, tout en tenant compte de la diversité des trusts et des patrimoines que ceux-ci peuvent détenir. En outre, les notions de « droits et expectatives » prévues à l'alinéa 2 doivent également être précisées. En sus, cette organisation estime qu'il faut établir une distinction entre le droit à l'information général et le droit à l'information en fonction du type d'intérêt dont le bénéficiaire dispose. Un droit de refus de divulgation d'information doit aussi être prévu en cas de juste motif, et les justes motifs devraient être énoncés de façon non-exhaustive par la loi (ex. nature des intérêts des bénéficiaires, secret commercial, volonté du constituant, âge et circonstances entourant le bénéficiaire, les effets de l'information sur le bénéficiaire et sa famille, contexte de la demande, but de la demande).

Selon une organisation²³³, le droit à l'information est défini de façon trop large : il convient de s'inspirer de la solution prévue pour les sociétés anonymes et de disposer que des rapports périodiques seront établis. À l'opposé, une organisation²³⁴ soutient que le droit de refus est défini de façon trop large : un refus devrait être exclu lorsque la demande d'information se fonde sur un droit légal (ex. droit des époux et des héritiers). En outre, la mention du caractère alternatif des propositions de l'alinéa 3 doit être précisée par l'ajout d'un « ou ». Selon une autre organisation²³⁵, le rapport entre cet article et la réserve de l'art. 529b, al. 6, AP-CO doit être clarifié (par ex. droit des époux et des héritiers à l'information).

4.3.10 Art. 529j

Une organisation²³⁶ indique que lorsqu'aucun rattachement en Suisse n'existe (aucun intéressé ne se situe en Suisse), cette obligation d'identification est vaine, créant ainsi des risques de réputation élevés pour la Suisse. Une organisation²³⁷ suggère qu'il soit exigé qu'au moins un trustee possède la nationalité suisse afin de faciliter l'exécution de cette disposition et éviter les conflits de droit ; dans ce cas, il faudrait également prévoir la situation en cas de changement de trustee.

Selon 2 organisations²³⁸, cette disposition de droit public ne doit pas se trouver dans le CO. En outre, il est aisé de contourner l'application de cette disposition en soumettant le trust à un droit étranger, même si toutes les parties se trouvent en Suisse. En sus, si les intéressés sont étrangers et ont soumis le trust au droit suisse, cette disposition réglera l'activité de trustees à l'étranger ; ce n'est pas le but de cette disposition. Cette règle a sa place dans une loi de droit public telle que la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin ; RS 954.1) ou la LBA.

Selon 4 cantons²³⁹, un parti²⁴⁰ et 5 organisations²⁴¹, l'obligation d'identification prévue ne suffit pas : un registre public global est requis.

²³³ Niederer Kraft Frey.

²³⁴ FSA.

²³⁵ Walder Wyss.

²³⁶ CPFS.

²³⁷ Walder Wyss.

²³⁸ STEP-Ls, UNIL.

²³⁹ NE, LU, GR, ZH.

²⁴⁰ PS.

²⁴¹ UNIL, Alliancesud, Public Eye, CSRF, USS.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Selon une organisation²⁴², cette obligation d'identification va entraîner de grandes charges administratives. De plus, les informations requises ne sont pas clairement définies ; une liste est nécessaire.

Une organisation²⁴³ considère que cet article ne doit être gardé que pour les trustees non-professionnels ; sinon, il existerait un risque de contradiction entre les textes légaux (LBA, OBA, CO, etc.).

3 organisations²⁴⁴ soutiennent que le trustee doit conserver les documents pendant 10 ans conformément à ce qui est prévu par l'art. 958f, al. 1, CO.

Une organisation²⁴⁵ salue cette disposition compte tenu de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE ; RS 211.412.41). Toutefois, des problèmes d'identification vont surgir dès lors que dans un *irrevocable discretionary trust*, le trustee peut parfois supprimer/modifier les bénéficiaires.

4.3.11 Art. 529k

Une organisation²⁴⁶ salue la reprise des principes de responsabilité du droit suisse. Une autre organisation²⁴⁷ salue la manière dont la responsabilité du trustee est prévue. Toutefois, il ne convient pas d'établir un régime particulier en ce qui concerne la responsabilité pour fait d'auxiliaire : pour assurer l'unité du droit, il ne faut s'écarter des règles générales qu'en présence de raisons importantes.

Une organisation²⁴⁸ estime que cette disposition ne tient pas compte de la réalité de l'industrie du trust : un trustee ne dispose pas de toutes les connaissances requises pour gérer tous les biens du trust (immeuble, portefeuille bancaire, etc.) et une délégation est souvent nécessaire afin de respecter l'obligation de diligence. L'interdiction absolue d'exclure sa responsabilité pour la faute grave des auxiliaires n'est donc pas opportune. À ce sujet, une organisation²⁴⁹ souhaite quant à elle des dispositions plus détaillées concernant une éventuelle possibilité de délégation du trustee (recours à des experts en investissement, trustee temporairement incapable d'exercer sa fonction en raison d'un voyage ou d'une maladie, etc.) et la responsabilité encourue par le trustee.

Une organisation²⁵⁰ s'interroge sur l'opposabilité d'une transaction judiciaire : si une action est intentée par le bénéficiaire conformément à l'alinéa 2, la transaction issue de cette action sera-t-elle opposable aux autres personnes ayant la légitimation active (par ex. constituant, protecteur, autre bénéficiaire) ?

²⁴² Cone Marshall.

²⁴³ GSCGI.

²⁴⁴ FSN, ANB, ZNK.

²⁴⁵ ZNK.

²⁴⁶ STEP-Ls.

²⁴⁷ Bär & Karrer.

²⁴⁸ GSCGI.

²⁴⁹ Cone Marshall.

²⁵⁰ UNIL.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.12 Art. 529f

Selon une organisation²⁵¹, il est judicieux de mentionner explicitement que le trustee peut détenir des cryptomonnaies de façon à mettre en avant la place financière suisse dans ce domaine porteur.

Selon une organisation²⁵², la notion « acte d'affectation » doit être précisée : est-ce simplement un acte matériel volontaire non susceptible de vice de volonté permettant son invalidation, ou est-ce plutôt un véritable acte juridique ? Dans ce dernier cas, il faudrait préciser la nature et les conditions de validité d'un tel acte (exercice des droits civils, possibilité de vices de volonté, etc.). En outre, pour ce qui concerne les affectations ultérieures, la situation n'est pas claire : à quel moment se modifient les patrimoines ? Quand est-ce opposable aux tiers ?

4.3.13 Art. 529m

Selon un canton²⁵³, compte tenu de l'état actuel de la réglementation, le transfert d'un bien immobilier à un trust suisse devra être analysé par l'autorité cantonale du registre foncier chargée d'autoriser les acquisitions d'immeubles par des personnes étrangères afin de déterminer l'ayant droit économique final de l'immeuble et vérifier ainsi si la LFAIE est applicable.

Selon un autre canton²⁵⁴, le rapport explicatif indique que cet article fait référence à l'art. 149d LDIP. Toutefois, la divulgation de la relation de trust ne semble pas seulement utile lorsque le registre public entraîne le transfert de propriété lui-même, mais aussi lorsque la loi protège la bonne foi d'un tiers qui se fie à un fait inscrit ou non dans le registre. L'art. 529m AP-CO ne doit donc pas se limiter aux registres indiqués à l'art. 149d LDIP. Dans le courant contraire, 2 organisations²⁵⁵ soutiennent que les mentions ne participent pas à la foi publique du registre foncier. L'art. 529m AP-CO, qui prévoit qu'une relation de trust non mentionnée est inopposable aux tiers de bonne foi, entre donc en contradiction avec la conception dominante des mentions au registre foncier. En conséquence, la deuxième phrase de l'art. 529m AP-CO doit être supprimée. Une autre organisation²⁵⁶ précise que la mention, tirée de l'art. 149d LDIP, est déclarative d'une opposabilité aux tiers qui existe déjà avant l'écriture. S'il fallait rendre opposable aux tiers une simple créance, l'annotation aurait dû être retenue (cf. art. 959, 960 al. 1, ch. 1 CC). Le système de la mention entre ainsi en contradiction avec la simple créance dégagée par le système de l'art. 529q AP-CO.

Selon un canton²⁵⁷, l'art. 119 de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411) doit être adapté car il régit de manière exhaustive le contenu de l'inscription des personnes inscrites. Le trust n'est pas une entité juridique. En outre, la publicité du registre du commerce comprend également les pièces justificatives (art. 936, al. 1, CO). Il serait donc envisageable de déposer l'acte de trust comme pièce justificative pour l'inscription en tant que trustee auprès d'une entité juridique, ce qui rendrait l'acte de trust accessible au public. Le cas échéant, des exceptions particulières à la publicité (cf. art. 10 ORC) s'imposeraient.

²⁵¹ STEP-Ls.

²⁵² UNIL.

²⁵³ TI.

²⁵⁴ ZG.

²⁵⁵ FSN, ANB.

²⁵⁶ UNIL

²⁵⁷ ZH.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Selon une organisation²⁵⁸, il existe une incohérence entre cet article et l'art. 962b AP-CC.

Une organisation²⁵⁹ soutient que l'art. 529m AP-CO ne doit pas être qu'une règle d'ordre. À l'opposé, une organisation²⁶⁰ estime que la mention ne devrait être qu'optionnelle car certains trusts ont pour finalité une certaine discrétion.

Selon 3 organisations²⁶¹, la « mention » n'existe que dans le registre foncier. Il convient de préciser comment le lien avec le trust pourra être mentionné dans les autres registres. En outre, il sied de préciser quand et par qui cette mention pourrait être effacée.

4.3.14 Art. 529n

Selon un canton²⁶², les dispositions en relation avec le devoir d'information et de restitution doivent être adaptées pour que ces devoirs soient imputés à une personne déterminée. Ainsi, l'office des faillites aurait un responsable déterminé. Compte tenu de l'art. 529n AP-CO, il est essentiel que l'office des faillites puisse se voir remettre l'acte de trust, et ce afin de déterminer « l'exercice régulier des fonctions attribuées par l'acte de trust ».

5 organisations²⁶³ soutiennent que cette disposition crée un risque d'abus important compte tenu de la difficulté d'application des normes protectrices des conjoints, héritiers et créanciers (ex. action révocatoire) ; cet article permettrait au constituant de soustraire ses biens à la mainmise de ses créanciers. Pour y remédier, 3 cantons²⁶⁴ et 3 organisations²⁶⁵ soutiennent que la forme authentique permettrait de réduire les risques d'abus y relatifs ; ainsi, avec la preuve de la date de constitution et la conservation de l'acte par un notaire, on créerait une plus grande sécurité juridique.

Selon une organisation²⁶⁶, il convient de clarifier, dans un premier temps, si cet article s'applique aux constituants, trustees et/ou bénéficiaires et, dans un second temps, si les *asset protection trusts* sont permis.

Selon une organisation²⁶⁷, la compatibilité de cette disposition avec l'art. 529g AP-CO paraît douteuse, notamment quant à la question de savoir si les dettes doivent être rattachées au trustee ou au patrimoine du trust.

Il est renvoyé à une partie de ce qui a été dit dans le commentaire de l'art. 529g AP-CO.

4.3.15 Art. 529o

Selon une organisation²⁶⁸, il convient de préciser l'étendue des dommages couverts (par ex. un retard mineur entraînera-t-il une faute du trustee ?).

²⁵⁸ GSCGI

²⁵⁹ CSRF..

²⁶⁰ STEP-Ls

²⁶¹ FSN, ANB, ZNK..

²⁶² ZG.

²⁶³ CSRF, FSN, ANB, ZNK, FSA.

²⁶⁴ GR, NE, ZH.

²⁶⁵ CP, FSN, ANB.

²⁶⁶ Cone Marshall.

²⁶⁷ STEP-Ls.

²⁶⁸ Cone Marshall.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Un participant²⁶⁹ soutient qu'il est opportun de préciser que le droit à l'indemnité du trustee subsiste après la fin de la mission.

Selon un participant²⁷⁰, en ce qui concerne l'indemnité du trustee, on se trouve dans un cas de créance unipersonnelle (le patrimoine du trustee issu du trust est débiteur du patrimoine personnel du trustee) et un mécanisme de curatelle doit expressément être prévu pour éviter des abus.

4.3.16 Art. 529p

Selon un participant²⁷¹, le texte allemand devrait préciser que la restitution doit se faire en faveur du patrimoine du trust. En sus, les bénéficiaires devraient pouvoir, dans certaines circonstances, exiger la restitution. Une organisation²⁷² soutient également que la légitimation pour requérir la restitution devrait être élargie aux créanciers. En outre, il ne devrait pas être possible de modifier par convention la règle prévue à l'alinéa 2, règle ayant pour but de protéger les tiers également.

Selon un participant²⁷³, la notion de « autre patrimoine séparé » doit être clarifiée : s'agit-il du patrimoine d'autres trusts et du patrimoine personnel du trustee, ou d'autre chose ?

4.3.17 Art. 529q

2 participants²⁷⁴ soutiennent que la disposition s'écarte de façon inopportune des principes généraux prévalant en droit suisse : d'une part, la Convention de la Haye relative aux trusts fait échapper de son champ d'application la question de la protection des tiers de bonne foi. Il serait par conséquent incohérent que les trusts étrangers soient soumis aux principes généraux du droit suisse mais non les trusts suisses. D'autre part, un acquéreur de bonne foi à titre gratuit serait potentiellement protégé s'il acquiert un bien qui n'est pas en trust, mais non s'il acquiert un bien en trust. S'il est de bonne foi, il ignorera que le bien qu'il acquiert est en trust, si bien que la différence de protection ne se justifie pas.

Par ailleurs, une organisation²⁷⁵ s'interroge sur l'opposabilité d'une transaction judiciaire : si une action est intentée par le bénéficiaire conformément à l'alinéa 2, la transaction issue de cette action sera-t-elle opposable aux autres personnes ayant la légitimation active (par ex. constituant, protecteur, autre bénéficiaire) ? En outre, cette disposition doit être complètement remaniée : le tiers-acquéreur n'étant pas lié par les clauses du trust, et selon le système général du droit suisse, il n'est pas possible d'affirmer que son acquisition est « illégitime », ce qui reviendrait à anéantir son titre d'acquisition, soit le contrat de vente ou l'autre titre, onéreux ou gratuit, qui lui a permis de devenir propriétaire. On ne pourrait donc pas mettre en œuvre cette disposition. En supposant toutefois que le titre, de vente ou autre, était nul par violation de l'acte de trust, l'acquéreur n'aurait plus de moyen pour se retourner contre le trustee ensuite de l'éviction qu'il aurait subie par l'application de l'art. 529q AP-CO. En sus, seul l'acquéreur du bien en trust est visé par l'art. 529q AP-CO : si cet acquéreur aliène entretemps à nouveau l'objet distrait, l'action de l'art. 529q AP-CO ne peut plus être dirigée contre le dernier acquéreur, qui n'est pas débiteur de la créance légale. Cette conclusion s'oppose à l'idée de

²⁶⁹ STEP-Ls.

²⁷⁰ UNIL.

²⁷¹ CSRF.

²⁷² UNIL.

²⁷³ STEP-Ls.

²⁷⁴ STEP-Ls, UNIL.

²⁷⁵ UNIL.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

transcription en droit suisse du système du *tracing* anglo-saxon, qui peut toujours aboutir contre tout détenteur actuel de la valeur du trust distraite. La solution serait la suivante : admettre une action réelle alignée sur la protection de bonne foi du tiers dans le droit ordinaire (art. 933, 935 et 973 CC).

4.3.18 Art. 529r

Selon une organisation²⁷⁶, étant donné que le trust n'a ni capital-actions ni réserve, il n'est pas clair comment appliquer les dispositions de la société anonyme régissant la menace d'insolvabilité. En outre, il convient de déterminer qui a le rôle de l'assemblée générale au sein du trust.

Selon un participant²⁷⁷, cette disposition est dissuasive pour les trusts familiaux visant la transmission et le maintien d'un patrimoine. De plus, les mesures concrètes à entreprendre en cas de surendettement ne sont pas suffisamment claires, dès lors que dans plusieurs hypothèses, le trust est soumis à la poursuite par voie de saisie.

4.3.19 Art. 529s

Selon un canton²⁷⁸, le texte de la disposition doit être modifié : il ressort de l'art. 529s, al. 1, ch. 3, AP-CO qu'un constituant pourrait prévoir dans l'acte de trust que, malgré l'incapacité de discernement du trustee, les fonctions du trustee seraient maintenues. Or, selon le rapport explicatif, l'acte de trust ne peut désigner que des motifs supplémentaires de cessation de fonctions.

Selon une organisation²⁷⁹, il convient de préciser les points suivants : le verbe « pouvoir » est utilisé lorsque l'on indique que le transfert du patrimoine peut prendre la forme d'une cession de patrimoine selon l'art. 181 CO (art. 529s, al. 4, AP-CO). Le trustee a-t-il un choix ? En outre, selon cette organisation, la responsabilité solidaire de 3 ans profite essentiellement au trustee entrant et elle propose donc que la responsabilité solidaire ne se déploie qu'à la demande expresse du trustee entrant. Finalement, lorsqu'il y a plusieurs trustees, le transfert de propriété à la sortie d'un trustee n'est pas clairement réglé. Par ailleurs, 5 participants²⁸⁰ soutiennent que la période de responsabilité solidaire de 3 ans prévue à l'art. 181 CO n'est pas appropriée : le trustee sortant pourrait être incité à continuer à gérer le trust pour s'assurer que le nouveau trustee ne cause pas de dommages susceptibles d'engager la responsabilité de l'ancien trustee ; les changements de trustees sont fréquents en pratique et l'application de cette disposition risque d'être compliquée ; de plus, le trustee sortant souhaiterait potentiellement retenir des biens du trust à titre de garantie. Le trust suisse perdrait ainsi en attractivité.

Selon une organisation²⁸¹, cette disposition permet, en-dehors des cas de succession universelle suite au décès de l'unique trustee, le transfert d'un bien immobilier par une écriture constitutive au registre foncier (art. 529s, al. 4, AP-CO), ou également via une requête auprès du juge (art. 529b, al. 2, AP-CO *in fine*). Toutefois, selon un participant²⁸², en cas de transfert de propriété immobilière d'un trustee à un tiers, la forme authentique et l'inscription au registre

²⁷⁶ GSCGI.

²⁷⁷ UNIL.

²⁷⁸ ZH.

²⁷⁹ GSCGI.

²⁸⁰ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

²⁸¹ UNIL.

²⁸² CSRF.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

foncier doivent être exigées. Par ailleurs, ces exigences correspondent à la procédure applicable en cas de transfert de patrimoine ou d'entreprise selon l'art. 181 CO.

Un participant²⁸³ soutient que, dès lors que tous les bénéficiaires peuvent dissoudre le trust par une décision à l'unanimité, ils devraient pouvoir désigner le nouveau trustee par une décision unanime.

2 participants²⁸⁴ plaident que, compte tenu de la durée maximale de 100 ans prévue par l'avant-projet, l'acte de trust devrait toujours indiquer les modalités de nomination d'un nouveau trustee ou d'un protecteur (art. 529s, al. 3, AP-CO). La forme authentique permettrait d'assurer la présence d'une telle indication. Deuxièmement, il est compréhensible que la LFus ne s'applique pas aux trusts dès lors que ces derniers n'ont pas la personnalité juridique et ne sont pas inscrits au registre du commerce. Toutefois, le trustee peut être une personne morale. Dans ce dernier cas, la LFus devrait pouvoir être applicable. Troisièmement, et selon également 2 autres participants²⁸⁵, à la mort du trustee, le patrimoine du trust ne tombe pas dans sa succession ; si l'acte de trust ne prévoit pas les modalités de la nomination du nouveau trustee, le tribunal est compétent pour décider. Dans ce dernier cas, la situation du patrimoine du trust entre le décès du trustee et la nomination de son successeur par le juge n'est pas claire ; personne n'est responsable du patrimoine et personne ne peut le gérer. La forme authentique pourrait également éviter cette situation en prévoyant d'office les modalités en cas de mort de l'unique trustee. Autrement, le législateur devrait prévoir l'obligation de nommer un co-trustee ou protecteur. En outre, à la mort du trustee, la loi devrait prévoir un inventaire obligatoire des biens figurant dans le patrimoine du trust.

Un canton²⁸⁶ s'interroge sur la relation entre l'art. 529s, al. 4, AP-CO et le cas d'une fusion entre trustees. Cette problématique s'accroît lorsque l'unique constituant et trustee est radié en tant qu'entité juridique transférante et que l'unique bénéficiaire fusionne avec le trustee en tant qu'entité juridique reprenante.

Finalement, un participant²⁸⁷ soulève la question de la substitution de partie selon l'art. 83, al. 1, CPC. Afin de ne pas désavantager les autres parties au procès, il convient de permettre l'opposabilité des actes de l'ancien trustee au nouveau trustee et ce, en tout cas, tant que la substitution n'est pas annoncée à la partie adverse.

4.3.20 Art. 529f

3 participants²⁸⁸ voient dans l'alinéa 1 une atteinte aux droits strictement personnels du constituant : dans le cas d'un *irrevocable discretionary trust* constitué par disposition pour cause de mort, le constituant ne doit pas pouvoir déléguer le pouvoir de modifier le trust. Dans le courant opposé, une organisation²⁸⁹ salue que l'acte de trust puisse permettre la modification des dispositions sur les bénéficiaires par le trustee, le constituant ou le protecteur à condition que l'interdiction du trust sans bénéficiaire soit maintenue. L'encadrement nécessaire pour éviter une modification du cercle des bénéficiaires contrairement au souhait initial du constituant peut être prévu par des charges ou des conditions dans l'acte de trust. Toutefois, le fait que la modification des dispositions de l'acte de trust doive être faite en la forme écrite est regrettable;

²⁸³ UNIL.

²⁸⁴ FSN, ANB.

²⁸⁵ UZH, ZNK.

²⁸⁶ ZH.

²⁸⁷ UZH.

²⁸⁸ FSN, ANB, Walder Wyss.

²⁸⁹ UNIGE.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

le constituant devrait pouvoir modifier l'acte de trust aussi par une disposition pour cause de mort, puisqu'il peut constituer le trust sous cette forme.

Selon un participant²⁹⁰, la disposition doit indiquer si, en l'absence de clause dans l'acte de trust, des modifications sont possibles. En outre, il convient d'établir si tous les bénéficiaires peuvent, par une décision unanime, modifier l'acte de trust sans passer par un juge.

Selon une organisation²⁹¹, la disposition doit être précisée en ce qui concerne le cas de pluralité de constituants.

4.3.21 Art. 529u

7 participants²⁹² rejettent la durée maximale prévue par cet article. Le trust suisse serait moins attractif que les trusts étrangers. En outre, le trust vise à préserver un patrimoine sur plusieurs générations. Par conséquent, seuls l'acte de trust, une décision unanime des bénéficiaires ou l'absence de bénéficiaire doivent mettre fin au trust. Selon une de ces organisations²⁹³, si la perpétuité ne peut être retenue, une période maximale de 200 ans devrait à tout le moins être prévue. Finalement, selon un participant²⁹⁴, la durée maximale de cent ans permettra de contourner l'interdiction de l'art. 488 CC si deux appelés successifs (bénéficiaires) recueillent des valeurs du trust dans l'espace de cent ans. Une harmonisation de ces dispositions est indispensable.

Selon 2 participants²⁹⁵, à la dissolution du trust, si le constituant n'a pas prévu les modalités de partage dans l'acte de trust, le rapport explicatif indique que la compétence de décider appartiendrait au trustee, ce dernier étant dans l'obligation d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires. Selon ces participants, une base légale expresse est toutefois requise.

Une organisation²⁹⁶ soutient que le transfert d'un immeuble suite à la dissolution d'un trust doit être soumis à la forme authentique.

Selon un participant²⁹⁷, même si le constituant n'a pas exprimé expressément son opposition à la dissolution du trust par accord unanime des bénéficiaires, ce droit ne devrait être accordé aux bénéficiaires que si son exercice ne met pas en péril les buts poursuivis par le constituant.

Un participant²⁹⁸ soutient que l'acte de trust peut prévoir une distribution du bénéfice de liquidation à des personnes physiques ou morales autres que les bénéficiaires du trust ou le constituant. En application de l'art. 529u, al. 3, AP-CO, l'acte de trust pourrait prévoir une distribution du patrimoine résiduel du trust – après paiement des dettes éventuelles – à une œuvre d'utilité publique.

²⁹⁰ Cone Marshall.

²⁹¹ UNIL.

²⁹² Burckhardt, Cone Marshall, GSCGI, STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

²⁹³ Cone Marshall.

²⁹⁴ UNIL.

²⁹⁵ FSN, ANB.

²⁹⁶ CSRF.

²⁹⁷ STEP-Ls.

²⁹⁸ UNIGE.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

4.3.22 Art. 529v

Selon une organisation²⁹⁹, l'art. 529v, al. 2, AP-CO octroie trop généreusement la qualité pour requérir une modification de l'acte de trust. Il convient de réduire cette faculté à une classe de bénéficiaires ou un rentier bénéficiaire. À défaut, le travail de trustee serait rendu plus difficile.

2 participants³⁰⁰ soutiennent que le recours au juge ne doit être que subsidiaire à, par exemple, une décision du protecteur, d'un médiateur, etc. La procédure judiciaire ne doit servir qu'à la résolution de question juridique et non à des fins de gestion (par ex. choix d'investissement, etc.).

Selon 4 organisations³⁰¹, le trust peut léser les conjoints, héritiers et créanciers. En outre, le conservateur du registre foncier ou le notaire peuvent avoir des difficultés à établir les pouvoirs de disposition des intéressés. Par conséquent, les conjoints, héritiers et créanciers doivent également disposer de la qualité pour demander une vérification de la conformité d'un acte envisagé avec l'acte de trust et la loi auprès d'un juge selon l'art. 529v, al. 1, AP-CO.

4.3.23 Art. 529w

Un canton³⁰² est favorable à la possibilité que l'acte de trust prévoie la compétence d'un tribunal arbitral. Un participant³⁰³ salue la possibilité de prévoir la soumission d'un litige à l'arbitrage par un acte juridique unilatéral. Selon un participant³⁰⁴, il est toutefois opportun d'exiger que le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse afin d'assurer un contrôle par le Tribunal fédéral et éviter que le droit suisse du trust ne soit appliqué par un tribunal étranger au regard de principes liés aux trusts étrangers et non compte tenu des spécificités du trust suisse. En outre, 5 participants³⁰⁵ soutiennent que la clause d'arbitrage doit également être opposable aux enfants à naître afin d'assurer l'exclusivité de la procédure d'arbitrage.

Selon 2 participants³⁰⁶, l'affaire gracieuse ne donne naissance qu'à une prétention dirigée contre l'autorité juridictionnelle, et son arbitrabilité ne peut donc reposer sur un acte juridique privé. Il n'est donc pas opportun d'introduire la possibilité d'arbitrage telle que prévue par l'art. 529w, al. 2 AP-CO si elle est interdite selon la LDIP. Enfin, les tiers légitimés à agir et qui ne sont ni trustees, ni bénéficiaires, ni protecteurs, ne peuvent être liés par une clause d'arbitrage unilatérale, par exemple dans l'hypothèse de l'art. 529b, al. 2 AP-CO.

5 Remarques concernant les modifications d'autres lois fédérales

5.1 Code civil (CC)

5.1.1 Commentaires généraux

D'une manière générale, une organisation³⁰⁷ estime que les dispositions en matière successorale ne sont pas suffisamment coordonnées avec les nouvelles dispositions proposées par

²⁹⁹ GSCGI.

³⁰⁰ Lanter, Walder Wyss.

³⁰¹ FSN, UNIL, ANB, ZNK.

³⁰² ZG.

³⁰³ Bär & Karrer.

³⁰⁴ FSA.

³⁰⁵ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

³⁰⁶ UNIL, STEP-Ls.

³⁰⁷ CSRF.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

l'avant-projet. En revanche, un canton³⁰⁸ et 2 organisations³⁰⁹ saluent que l'avant-projet règle la protection des héritiers. Toutefois, dans le cadre des rapports successoraux, le sort des distributions d'un trust à des bénéficiaires qui sont des héritiers doit être clarifié. À titre d'exemple, le législateur ne s'exprime pas sur l'ordre de la réduction, ce qui soulève des questions notamment lorsque, d'une part, le trustee détient encore des biens susceptibles d'être réduits et que, d'autre part, certains bénéficiaires ont déjà reçu des distributions du trust : il convient de déterminer si ces distributions déjà effectuées peuvent être réduites avant le patrimoine du trust, car elles sont, au sens strict, plus récentes (art. 532 CC). Cela poserait un problème dans les cas de *fixed interest trusts*, où les différents bénéficiaires ont en principe les mêmes droits, mais dont les prestations sont distribuées à des dates différentes.

Selon une organisation³¹⁰, l'art. 529b, al. 6 AP-CO prévoit certes un renvoi aux dispositions protectrices des conjoints, créanciers et héritiers. Toutefois, il manque une disposition analogue à l'art. 82 CC prévu pour les fondations. Le statu quo entraînerait des complications avec les *irrevocable discretionary trusts*.

5.1.2 Art. 276 ss

Une organisation³¹¹ propose qu'il soit prévu expressément que l'obligation d'entretien puisse être acquittée par constitution d'un trust.

5.1.3 Art. 318, al. 3

Une organisation³¹² propose que cet article mentionne comme exemple la possibilité de constituer un trust.

5.1.4 Art. 392, ch. 2

Une organisation³¹³ propose que cet article mentionne comme exemple la possibilité donnée au tiers de constituer un trust.

5.1.5 Art. 493 AP-CC

Une organisation³¹⁴ salue la protection octroyée aux réserves légales. Il convient toutefois d'envisager la situation où un trustee investit le patrimoine du trust et que la valeur du patrimoine fluctue, à titre d'exemple, entre le décès et le partage. Cela pourrait entraîner des difficultés pour les héritiers en cas d'obligations de rapport ou réduction.

Selon une organisation³¹⁵, cette disposition doit prévoir que la constitution d'un trust en faveur d'un héritier peut tenir lieu de réserve.

³⁰⁸ ZG.

³⁰⁹ UZH, Walder Wyss.

³¹⁰ UZH.

³¹¹ STEP-Ls.

³¹² STEP-Ls.

³¹³ STEP-Ls.

³¹⁴ ZNK.

³¹⁵ STEP-Ls.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

5.1.6 Art. 528 AP-CC

Une organisation³¹⁶ souligne la brièveté du délai pour agir en réduction. Compte tenu de ce dernier, l'action contre le trustee ne devrait être exigée que si le trustee a été désigné.

En outre, une organisation³¹⁷ estime que l'art. 528, al. 3, AP-CC exclut une action en réduction ou en restitution contre le trustee qui aurait procédé à des distributions, y compris s'il y a procédé de mauvaise foi. Cette disposition n'est donc pas opportune.

Finalement, une organisation³¹⁸ salue la clarification apportée quant à la qualité pour défendre.

5.1.7 Art. 962 AP-CC

Il est renvoyé aux commentaires portant sur l'art. 529m AP-CO.

5.2 Code de procédure civile (CPC)

5 organisations³¹⁹ saluent la formulation de l'art. 39a AP-CPC : ce dernier devrait inciter à inclure une clause attributive de compétence exclusive dans l'acte de trust.

Une organisation³²⁰ rappelle que le trust n'est pas un contrat. Or, dans le texte allemand du CPC, l'art. 250, let. b, CPC concerne les rapports contractuels. En outre, la procédure sommaire ne convient pas à la révocation du trustee ou du protecteur en cas de violation des obligations prévues par l'acte de trust, en cas d'ordre de rendre compte, en cas d'ordre d'informer les bénéficiaires, en cas d'adaptation de l'acte de trust et de la dissolution du trust : ces décisions déploient des effets contraignants et répondent à des questions juridiques complexes. En fonction de la valeur litigieuse, seules les procédures ordinaire ou simplifiée peuvent s'appliquer.

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

Selon un canton³²¹, les dispositions en relation avec le devoir d'information et de restitution doivent être adaptées pour que ces devoirs soient imputés à une personne déterminée. Ainsi, l'office des faillites disposerait d'une personne à qui demander l'exécution de ces obligations. Compte tenu de l'art. 529n AP-CO, il est essentiel que l'office des faillites puisse se voir remettre l'acte de trust, et ce afin de déterminer « l'exercice régulier des fonctions attribuées par l'acte de trust ».

Ce canton soutient en outre que l'art. 39 LP doit être modifié afin d'y inclure les trusts. De plus, l'art. 284a, al. 1 AP-LP doit conserver la formulation désignant le trustee qui se trouve à l'art. 284a, al. 1 LP en vigueur : la formulation « trustee en qualité de *représentant* du trust » permet d'éviter toute incertitude juridique.

Selon un canton³²², les fors parallèlement compétents sont à éviter : le for de la poursuite ne doit être le lieu d'administration du trust que si le trustee n'est pas domicilié en Suisse ou n'a pas son siège en Suisse. Dans le cas contraire, plusieurs procédures pourraient être pen-

³¹⁶ FSA.

³¹⁷ STEP-Ls.

³¹⁸ Walder Wyss.

³¹⁹ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP, Walder Wyss.

³²⁰ Niederer Kraft Frey.

³²¹ ZG.

³²² BE.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

dantes au même moment, ce qui engendrerait une insécurité juridique (registre des poursuites, série de créanciers selon les art. 110 ss LP, etc.). En outre, la délimitation entre le patrimoine du trust et le patrimoine personnel du trustee suscitera des questions complexes. Il convient donc de préciser la procédure de revendication des art. 106 ss LP. Finalement, ce canton salue que lorsque la fonction du trustee ou du protecteur prend fin suite à la délivrance d'un acte de défaut de bien à son encontre, il n'y ait pas de devoir d'annonce de la part de l'office des poursuites.

5.4 Code pénal (CP)

Selon une organisation³²³, l'art. 327a, let. e AP-CP doit être conservé uniquement pour les trustees non-professionnels. En outre, dès lors que le trustee est une société, il est déjà soumis à cette disposition pénale s'agissant de la connaissance des actionnaires qualifiés et de leurs ayants droit économiques. Par ailleurs, l'art. 327a, let. e AP-CP pourrait entrer en conflit avec l'actuel art. 305^{ter} CP qui lui vise l'absence d'identification des ayants droit économiques des valeurs patrimoniales confiées. Finalement, cette organisation critique la double incrimination, pénale et administrative, à laquelle seraient sujets les trustees.

5.5 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)

Sachant que la LDIP ne s'applique qu'en présence d'un élément d'extranéité, une organisation³²⁴ s'interroge sur le droit applicable à un trust purement suisse : un résident suisse pourrait-il encore créer un trust de droit étranger ? En cas de réponse négative, ce projet constituerait, non pas un élargissement, mais une réduction des institutions juridiques disponibles en Suisse. Dans le même courant, 4 organisations³²⁵ soutiennent que la loi ou le message doivent explicitement mentionner qu'il sera toujours possible d'éviter l'application des dispositions de droit suisse (*opting out*) afin que les trusts continuent d'être soumis à la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

2 organisations³²⁶ soutiennent que l'acte de trust devrait obligatoirement élire un for compétent en Suisse en cas de défaut d'un lieu d'administration du trust en Suisse ou d'un trustee domicilié en Suisse. Sans une telle obligation, les créanciers ou héritiers ne pourraient que difficilement obtenir l'exécution de leurs prétentions en Suisse. Cette situation serait choquante, surtout lorsque le constituant ou le bénéficiaire seraient domiciliés en Suisse, ou que le patrimoine se trouverait en Suisse. De plus, avec une telle exigence, on évite que le droit suisse soit appliqué (approximativement) par des juridictions étrangères. Une organisation³²⁷ propose la solution suivante : l'art. 39a AP-CPC devrait consacrer le for selon l'élection prévue dans l'acte de constitution et prévoir un for par défaut en Suisse, en fonction du lieu de rattachement le plus marqué en Suisse par exemple (domicile suisse du constituant, localisation d'actifs suisses). Une autre organisation³²⁸ propose la même exigence seulement si le trust est érigé à des fins de prévoyance.

Un participant³²⁹ salue l'art. 149b, al. 2, let. c AP-LDIP : cette disposition plaide en faveur d'une élection de for auprès d'un tribunal (arbitral) suisse dans l'acte de trust.

³²³ GSCGI.

³²⁴ GSCGI.

³²⁵ STEP-Ge, STEP Swiss and Liechtenstein, SATC, Verein STEP.

³²⁶ CPFS, FSA.

³²⁷ FSA.

³²⁸ SUPSI.

³²⁹ FSA.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

5.6 Réglementation générale sur les marchés financiers

Un canton³³⁰ soutient que, dans la mesure où l'on ne restreint pas le cercle de personnes autorisées à devenir trustee, il convient de réviser la législation sur les marchés financiers en se référant systématiquement à la notion de « trustee professionnel » au lieu de « trustee ».

6 Remarques sur les propositions portant sur le droit fiscal

6.1 Remarques générales

Une claire majorité (19 cantons³³¹, un parti³³² et 20 organisations³³³) rejette la réglementation fiscale en matière de trust alors qu'un canton³³⁴ et 4 organisations³³⁵ y sont favorables tout en émettant des réserves au sujet des *irrevocable discretionary trusts*. 3 cantons³³⁶ et une organisation³³⁷ approuvent la proposition formulée dans l'avant-projet.

2 cantons³³⁸, 2 partis³³⁹ et 35 organisations³⁴⁰ sont d'avis que le volet fiscal n'est pas attrayant pour les constituants et les bénéficiaires pour des raisons de double imposition et de responsabilité, et estiment qu'il ne renforce pas la place financière suisse.

2 cantons³⁴¹ et 18 organisations³⁴² jugent que le traitement fiscal proposé pourrait décourager les personnes qui bénéficient des trusts de venir en Suisse voire les pousser à quitter la Suisse.

3 cantons³⁴³ et 9 organisations³⁴⁴ soulignent que les règles proposées concernant les *irrevocable discretionary trusts* et les *irrevocable fixed interest trusts* impliquent un travail administratif relativement grand et sont pour ainsi dire impossibles à mettre en œuvre, en particulier les dispositions sur les parts des bénéficiaires.

6 organisations³⁴⁵ font valoir que l'imposition des trusts prévue dans l'avant-projet restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines qui sont de leur ressort.

³³⁰ ZH.

³³¹ AG, p. 2 ; AR, p. 1 ; BE, p. 2 ; BL, p. 3 ; BS, p. 1 ; FR, p. 1 ; GR, p. 2 ; JU, p. 2 ; LU, p. 1 ; NE, p. 2 ; NW, p. 2 ; OW, p. 2 ; SG, p. 1 ; SH, p. 1 ; SZ, p. 1 ; TI, p. 3 ; UR, p. 1 ; VD, p. 2 ; ZH, p. 4.

³³² PLR, p. 2.

³³³ ABPS, p. 5 ; Bär & Karrer, p. 4 ; CCIG, p. 1 ; economiesuisse, p. 1 ; EXPERTsuisse, p. 4 ; CDF, p. 2 ; FischerRampBuchmann, p. 2 ; FTAF, p. 2 ; Forum PME, p. 2 ; SATC, p. 1 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP-Ls, p. 7 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1 ; Verein STEP, p. 1 ; SUPSI, p. 2 ; ASEFID, p. 3 ; ASG, p. 1 ; ZHK, p. 2 ; ZVDS, p. 2.

³³⁴ ZG, p. 1.

³³⁵ Burckhardt, p. 3 ; OREF, p. 8 ; FSN, p. 10 ; ANB, p. 2.

³³⁶ GE, p. 1 ; SO, p. 1 ; TG, p. 1.

³³⁷ Travail.Suisse, p. 1.

³³⁸ TI, p. 5 ; ZG, p. 3.

³³⁹ PLR, p. 2 ; UDC, p. 2.

³⁴⁰ ABPS, p. 4 ; Bär & Karrer, p. 4 ; Borel & Barbey, p. 1 ; Burckhardt, p. 3 ; CCIG, p. 2 ; CP, p. 5 ; COPTIS, p. 1 ; economiesuisse, p. 1 ; EXPERTsuisse, p. 2 ; FER, p. 2 ; FischerRampBuchmann, p. 1 ; FTAF, p. 2 ; GSCGI, p. 39 ; Forum PME, p. 2 ; Lanter, p. 5 ; Niederer Kraft Frey, p. 8 ; OREF, p. 1 ; RAIFFEISEN, p. 2 ; SATC, p. 2 ; FSA, p. 6 ; ASB, p. 1 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP-Ls, p. 7 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1 ; Verein STEP, p. 1 ; SUPSI, p. 2 ; ASEFID, p. 3 ; UNIGE, p. 5 ; UNIL, p. 17 ; ABG, p. 1 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 2 ; ZHK, p. 2 ; ZVDS, p. 2.

³⁴¹ TI, p. 5 ; VD, p. 2.

³⁴² ABPS, p. 4 ; Borel & Barbey, p. 5 ; CCIG, p. 2 ; CP, p. 5 ; EXPERTsuisse, p. 7 ; FischerRampBuchmann, p. 1 ; Forum PME, p. 2 ; Niederer Kraft Frey, p. 8 ; OREF, p. 3 ; ASB, p. 3 ; SATC, p. 2 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 1 ; ASEFID, p. 3 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 4.

³⁴³ AG, p. 3 ; GR, p. 5 ; TI, p. 5.

³⁴⁴ Niederer Kraft Frey, p. 8 ; SATC, p. 3 ; FSA, p. 5 ; ASB, p. 3 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 1 ; UNIL, p. 19 ; ABG, p. 1.

³⁴⁵ EXPERTsuisse, p. 4 ; SATC, p. 2 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 2 ; ASEFID, p. 3.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Une organisation³⁴⁶ considère que le trust est, comme la fondation, un patrimoine spécial – dépourvu toutefois de la personnalité juridique – si bien qu'un traitement analogue à la fondation se justifie. Un canton³⁴⁷ et 3 organisations³⁴⁸ estiment qu'il est impératif que tous les revenus et toute la fortune d'un trust restent imposables ; le dispositif fiscal ne doit pas créer des « niches fiscales » instaurant des inégalités de traitement.

6.2 Propositions visant à maintenir la pratique fiscale en vigueur

18 cantons³⁴⁹, un parti³⁵⁰ et 24 organisations³⁵¹ estiment que la pratique actuelle, qui s'appuie sur la circulaire n° 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts (ci-après circulaire n° 30) est largement acceptée et que son application crée peu de contentieux.

8 cantons³⁵² et 2 organisations³⁵³ soulignent les avantages de la pratique actuelle, à savoir :

- pas de lacunes fiscales ni d'impôts élevés sur les successions et les donations dus à l'ajout de la fortune et des revenus du trust à ceux du constituant ou du bénéficiaire,
- conformité avec les conventions de double imposition conclus par la Suisse,
- maintien de l'attrait de la place financière suisse,
- flexibilité permettant de mieux réagir aux développements du droit, et
- respect de l'autonomie cantonale en matière d'impôts sur les successions et les donations.

7 organisations³⁵⁴ considèrent que la pratique actuelle est conforme à la Constitution ou que les critiques émises ne sont pas justifiées. 7 cantons³⁵⁵ et une organisation³⁵⁶ déclarent que si la pratique actuelle était à l'avenir jugée contraire à la Constitution ou à la législation, il faudrait à ce moment-là établir des règles expresses dans les lois fiscales. 3 organisations³⁵⁷ pensent que la modification de la pratique permettrait d'améliorer sa conformité au droit constitutionnel.

6.3 Proposition de réglementation fiscale

Selon 7 cantons³⁵⁸, il faudrait, s'il devait y avoir un volet fiscal, imputer si possible tous les revenus et tout le patrimoine au constituant ou au bénéficiaire (conformément à l'option 5).

4 cantons³⁵⁹ et 6 organisations³⁶⁰ suggèrent, en cas de maintien du volet fiscal, que le trust soit réglé par analogie à la pratique fondée sur la circulaire n° 30 (voir option 7).

³⁴⁶ FSN, p. 10.

³⁴⁷ GE, p. 1.

³⁴⁸ FSN, p. 5 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 1.

³⁴⁹ AG, p. 2 ; AR, p. 1 ; BE, p. 2 ; BL, p. 3 ; BS, p. 1 ; FR, p. 1 ; GR, p. 2 et 5 ; JU, p. 2 ; LU, p. 1 ; NE, p. 2 ; NW, p. 2 ; OW, p. 2 ; SH, p. 1 ; SZ, p. 1 ; TI, p. 3 ; UR, p. 1 ; VD, p. 2 ; ZH, p. 4.

³⁵⁰ PLR, p. 2.

³⁵¹ ABPS, p. 6 ; Bär & Karrer, p. 4 ; Burckhardt, p. 3 ; CCIG, p. 1 ; CP, p. 6 ; economiesuisse, p. 1 ; EXPERTsuisse, p. 4 ; CDF, p. 2 ; Fischer-RampBuchmann, p. 3 ; FTAF, p. 2 ; Forum PME, p. 2 ; SATC, p. 3 ; FSA, p. 4 ; USAM, p. 3 ; FSN, p. 10 ; STEP-Ge, p. 1 ; STEP-Ls, p. 7 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 3 ; ASEFID, p. 3 ; ANB, p. 10 ; ASG 1 ; Walder Wyss, p. 2 ; ZHK, p. 2 ; ZVDS, p. 2.

³⁵² AG, p. 2 ; LU, p. 1 ; NW, p. 2 ; OW, p. 2 ; SH, p. 1 ; SZ, p. 1 ; TI, p. 3 ; ZH, p. 4.

³⁵³ EXPERTsuisse, p. 5 ; CDF, p. 3.

³⁵⁴ ABPS, p. 3 ; SATC, p. 3 ; FSA, p. 4 ; STEP-Ge, p. 3 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 3 ; ASEFID, p. 4 ; ASG, p. 1.

³⁵⁵ AG, p. 2 ; AR, p. 1 ; SH, p. 1 ; LU, p. 1 ; SZ, p. 1 ; UR, p. 2 ; ZH, p. 5.

³⁵⁶ CDF, p. 2.

³⁵⁷ OREF, p. 8 ; SATC, p. 3 ; STEP-Ge, p. 8.

³⁵⁸ AG, p. 2 ; AR, p. 2 ; BL, p. 2 ; NW, p. 3 ; SG, p. 1 ; UR, p. 2 ; ZH, p. 6.

³⁵⁹ BE, p. 2 ; FR, p. 2 ; OW, p. 3 ; TI, p. 4.

³⁶⁰ Walder Wyss, p. 5 ; Borel & Barbey, p. 7 ; CCIG, p. 2 ; economiesuisse, p. 2 ; OREF, p. 8 ; STEP-Ls, p. 7.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

2 organisations³⁶¹ proposent de continuer à appliquer la circulaire n° 30 aux trusts constitués conformément au droit étranger et d'imposer à l'avenir également les trusts constitués conformément au droit civil suisse selon les règles de la circulaire n° 30.

Une organisation³⁶² exige qu'il soit renoncé à l'imposition des expectatives pour respecter le principe de réalisation du revenu qui vaut en droit fiscal (voir option 3).

2 cantons³⁶³ approuvent la proposition d'imposer l'*irrevocable discretionary trust* comme sujet fiscal indépendant pour la part du patrimoine et les revenus qui revient à des bénéficiaires domiciliés en Suisse.

7 cantons³⁶⁴ souhaitent, dans le cas où le traitement analogue à la fondation serait maintenu, que le champ d'application de cette solution soit réduit le plus possible et que le champ d'application de l'imputation au constituant soit étendu (art. 10a, al. 1 et 2, AP-LIFD et art. 6a, al. 1 et 2, AP-LHID).

Un participant³⁶⁵ demande des indications claires sur le taux d'imposition à appliquer à la constitution d'un *irrevocable fixed interest trust* ou en cas de décès du constituant d'un *revocable trust* lors du transfert du patrimoine : taux maximal entre personnes sans lien familial ou taux applicable entre le constituant et le bénéficiaire le plus éloigné ?

2 organisations³⁶⁶ proposent que l'imposition de l'*irrevocable discretionary trust* s'inspire de la réglementation fiscale applicable aux placements collectifs possédant des immeubles en propriété directe. Dans ce cas, les revenus et le patrimoine du trust seraient imposés auprès du trust et les prestations tirées des revenus et du patrimoine déjà imposés ne seraient pas imposées une seconde fois. Ils jugent que l'imposition à un seul échelon des biens mis en trust est la seule solution permettant de garantir l'égalité de traitement entre propriétaires de patrimoines privés et l'attractivité internationale du nouveau trust suisse.

2 organisations³⁶⁷ proposent, en vue de garantir la neutralité de la forme juridique et l'égalité de traitement des bénéficiaires d'un *irrevocable fixed interest trust*, d'une part, et ceux d'un *discretionary irrevocable trust*, d'autre part, d'imposer les prestations tirées du patrimoine du trust par analogie aux revenus de participations, c'est-à-dire selon une procédure d'imposition partielle. Cela permettrait d'atténuer la double imposition économique. Concernant l'impôt fédéral direct, les revenus des trusts pourraient être imposés à raison de 70 % ou à un taux inférieur. Pour les impôts cantonaux, les cantons devraient être libres de déterminer le taux d'imposition des revenus de trusts (un nouvel art. 7, al. 1^{quater}, LHID est proposé).

Un canton³⁶⁸ et 6 organisations³⁶⁹ estiment que le patrimoine au moment de la constitution d'un *irrevocable discretionary trust* pourrait être imposé comme s'il s'agissait d'une donation ou d'une succession, alors que si une partie de la fortune du trust est versée au bénéficiaire, ce

³⁶¹ Burckhardt, p. 3 ; USAM, p. 2.

³⁶² ASEFID, p. 2.

³⁶³ GE, p. 2 ; SO, p. 1.

³⁶⁴ AG, p. 4 ; AR, p. 3 ; LU, p. 1 ; NW, p. 4 ; OW, p. 4 ; TG, p. 1 ; ZH, p. 9.

³⁶⁵ Borel & Barbey, p. 3.

³⁶⁶ COPTIS, p. 2 ; UNIL, p. 18.

³⁶⁷ FTAF, p. 3 ; SUPSI, p. 3.

³⁶⁸ TI, p. 7.

³⁶⁹ EXPERTsuisse, p. 8 ; GSCGI, p. 39 ; FTAF, p. 4 ; FSA, p. 17 ; SUPSI, p. 4 ; ASEFID, p. 7.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

montant devrait être considéré comme une donation indirecte et être exempté d'impôts pour le bénéficiaire.

6.4 Autres propositions/remarques

2 organisations³⁷⁰ font remarquer que, si la proposition selon l'avant-projet était maintenue, il serait nécessaire de réglementer l'*irrevocable discretionary trust* comme une fondation dans le chap. consacré à la personne morale et dans la section traitant des fondations (art. 49 et 71 LIFD).

Les 2 mêmes organisations³⁷¹ proposent que l'art. 10 LIFD soit complété de 2 nouveaux alinéas (3 et 4) au lieu de créer deux nouveaux articles dans la LIFD et la LHID. Elles font valoir que, selon l'article en question, les revenus d'hoiries, de sociétés de personnes et les placements collectifs en capitaux, etc. sont attribués de façon transparente aux propriétaires légitimes et que l'article ne traite pas des personnes morales. Elles jugent qu'il n'est pas nécessaire d'édicter une disposition dans la LHID.

Une organisation³⁷² préconise l'ajout d'une disposition précisant que l'*irrevocable discretionary trust* peut bénéficier d'une exonération d'impôts si les bénéficiaires sont exonérés d'impôts pour cause d'utilité publique, de but culturel ou de but de service public. Selon elle, l'exonération d'impôts ne doit être accordée que si le patrimoine du trust n'est pas thésaurisé. Elle ajoute que les art. 10a LIFD et 6a LHID devraient être retravaillés pour s'assurer qu'un trust puisse comporter des aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires en même temps ou en enchaînement.

Une organisation³⁷³ propose que le trustee remette aux autorités pour chaque période fiscale une attestation au sujet des prestations qu'il a fournies, et que les art. 49, al. 1, let. b, LIFD et 45, let. a, LHID soient complétés à cette fin.

2 organisations³⁷⁴ font remarquer qu'en cas de changement de trustee et de mutation de droits dans le registre foncier, des droits de mutation et des impôts sur les gains immobiliers devront être payés dans certains cantons.

6.5 Commentaire des articles

6.5.1 Art. 10a, al. 1, AP-LIFD / art. 6a, al. 1, AP -LHID

2 organisations³⁷⁵ demandent une modification des art. 10a, al. 1, AP-LIFD / 6a, al. 1, AP-LHID pour préciser qu'il s'agit d'un trust « révocable ».

Un participant³⁷⁶ aimerait qu'il soit précisé à partir de quand un trust est considéré être révocable.

Un autre participant³⁷⁷ est d'avis que la réglementation proposée à l'al. 1 concernant le *revocable trust* ne désamorçe pas la critique, émise par les auteurs de doctrine, du régime fiscal

³⁷⁰ FTAF, p. 2 ; SUPSI, p. 3.

³⁷¹ FTAF, p. 2 ; SUPSI, p. 3.

³⁷² UNIGE, p. 6.

³⁷³ SUPSI, p. 4.

³⁷⁴ COPTIS, p. 2 ; CSRF, p. 5.

³⁷⁵ FTAF, p. 2 ; SUPSI, p. 2.

³⁷⁶ Borel & Barbey, p. 2.

³⁷⁷ Niederer Kraft Frey, p. 7.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

fondé sur la circulaire, à savoir l'antagonisme entre l'aspect de droit civil (le constituant n'est plus le propriétaire de droit civil) et l'aspect de droit fiscal (le patrimoine du trust est imputé au constituant). Une organisation³⁷⁸ approuve la formation proposée ; elle estime que le point de vue économique est déterminant et que la pratique fondée sur la circulaire pourrait ainsi s'appuyer sur une solide base légale.

Un autre participant³⁷⁹ demande que les art. 10a, al. 1, AP-LIFD et 6a, al. 1, AP-LHID soient précisés et que le cas où le constituant s'institue bénéficiaire ayant droit à des prestations d'un montant clairement défini ne soit pas considéré comme un *revocable trust*. Dans ce cas, le constituant s'est démis définitivement de sa fortune et devrait être traité comme le bénéficiaire d'un *irrevocable trust*.

6.5.2 Art. 10a, al. 2, AP-LIFD / art. 6a, al. 2, AP-LHID

Un participant³⁸⁰ estime que la réglementation légale inscrite à l'al. 2 n'indique pas clairement que les distributions aux bénéficiaires ne pourront pas être imposées une seconde fois et demande que le projet de loi soit complété en ce sens.

Une organisation³⁸¹ propose que l'expression « conformément à leurs parts » soient remplacée par « conformément aux prétentions fermes dont ils disposent » étant donné que la notion de « parts » est étrangère aux trusts et que les prétentions des bénéficiaires sur les actifs et les revenus du trust ne peuvent pas toujours être déterminées. Un autre participant³⁸² aimerait des précisions quant à la définition des prétentions imposables dans le cas où les bénéficiaires ont des prétentions fixes mais ne touchent pas de prestations pendant un certain temps.

2 organisations³⁸³ demandent qu'il soit précisé aux art. 10a, al. 2, AP-LIFD / 6a, al. 2, AP-LHID que le « trust » est un *irrevocable fixed interest trust*.

6.5.3 Art. 10a, al. 3 et 4, AP-LIFD / art. 6a, al. 3 et 4, AP-LHID

Un canton³⁸⁴ et 3 organisations³⁸⁵ considèrent que les règles spéciales prévues pour l'*irrevocable discretionary trust* concernant la notion de résident au sens fiscal réduirait à néant l'attractivité du trust par rapport à la fondation de famille. Ces règles spéciales contreviennent également au principe de la neutralité fiscale. 4 organisations³⁸⁶ sont d'avis qu'une fondation n'est assujettie de manière illimitée que lorsqu'elle a son siège ou son administration effective en Suisse. 4 organisations³⁸⁷ estiment qu'il faudrait imposer l'*irrevocable discretionary trust* en Suisse en le rattachant fiscalement au constituant qui est résident suisse lors de la constitution du trust ou au domicile fiscal en Suisse du trustee ou de la majorité des trustees.

9 organisations³⁸⁸ soulignent que le trust n'a pas de personnalité juridique et n'a donc pas la capacité juridique. En outre, le droit étranger ne confère pas la personnalité juridique au

³⁷⁸ ASEFiD, p. 4.

³⁷⁹ Borel & Barbey, p. 2.

³⁸⁰ Niederer Kraft Frey, p. 7.

³⁸¹ OREF, p. 3.

³⁸² Borel & Barbey, p. 3.

³⁸³ FTAF, p. 2 ; SUPSI, p. 3.

³⁸⁴ TI, p. 6.

³⁸⁵ EXPERTsuisse, p. 4 ; ASEFiD, p. 5 ; SUPSI, p. 3.

³⁸⁶ EXPERTsuisse, p. 7 ; FSA, p. 5 ; STEP-Ge, p. 2 ; ASEFiD, p. 6.

³⁸⁷ FTAF, p. 3 ; SGC, p. 5 ; SUPSI, p. 4 ; UNIL, p. 20.

³⁸⁸ Borel & Barbey, p. 5 ; FER, p. 2 ; FischerRampBuchmann, p. 1 ; FTAF, p. 3 ; SATC, p. 2 ; STEP-Ge, p. 2 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; Verein STEP, p. 2 ; ASEFiD, p. 2.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

trust. Aussi le trust ne peut-il pas être imposé comme une fondation ou comme une autre personne morale, ni comme une personne physique. Selon elles, les règles prévues aux art. 10a, al. 3, AP-LIFD et 6a, al. 3, AP-LHID contreviennent à l'art. 128 de la Constitution.

Une organisation³⁸⁹ estime que l'imputation d'une part des revenus et de la fortune du trust au bénéficiaire résidant en Suisse est contraire au fonctionnement de l'*irrevocable discretionary trust* et à la Constitution.

2 organisations³⁹⁰ jugent qu'il est déplacé d'imposer partiellement en Suisse les revenus et la fortune d'un *US charitable trust*, par exemple, du simple fait qu'il verse des prestations à un bénéficiaire ayant son domicile ou son siège en Suisse. Cette règle aurait pour effet d'éviter tout versement à des bénéficiaires suisses, ce qui nuirait en fin de compte à la Suisse en tant que pôle de recherche.

Une organisation³⁹¹ estime qu'en cas de maintien du critère d'assujettissement en fonction du domicile du bénéficiaire, il conviendrait à tout le moins de le restreindre aux bénéficiaires ayant reçu une distribution, à partir de la date de la première distribution. À cela s'ajoute selon elle la problématique du transfert du domicile du ou des bénéficiaires à l'étranger (en l'absence de constituant en Suisse) et de ses effets au niveau de l'imposition du trust. Il n'est pas exclu qu'une telle configuration constitue un cas de réalisation des réserves latentes.

5 organisations³⁹² estiment que l'assujettissement illimité du trust du fait que le constituant ou un bénéficiaire sont contribuables en Suisse, en raison d'un rattachement personnel, est incompréhensible et disproportionné étant donné que ces personnes n'ont aucun droit sur le trust.

10 organisations³⁹³ critiquent la règle subsidiaire applicable sur le plan international (art. 10a, al. 4, AP-LIFD / art. 6a, al. 4, AP-LHID) et considèrent qu'il s'agit là d'une mesure unilatérale de la Suisse, qui viole les principes constitutionnels (notamment la protection de la bonne foi des partenaires avec lesquels la Suisse a conclu une convention de double imposition) et empêche la Suisse de remplir ses obligations découlant de ces conventions. 5 organisations³⁹⁴ concluent que cette disposition n'est pas nécessaire et dénoncent la double imposition économique qu'elle implique.

6.5.4 Art. 24, let. a, AP-LIFD, art. 7, al. 4, let. c, AP-LHID

5 organisations³⁹⁵ jugent que cette règle a pour effet de transformer les fonds apportés au trust en revenus lorsqu'ils sont distribués aux bénéficiaires, ce qui va à l'encontre de l'objectif du trust, qui vise à assurer le transfert du patrimoine entre générations, et implique une imposition multiple de ces fonds.

³⁸⁹ UNIL, p. 19.

³⁹⁰ EXPERTsuisse, p. 8 ; ASEFiD, p. 6.

³⁹¹ OREF, p. 4.

³⁹² Borel & Barbey, p. 5 ; CCIG, p. 2 ; SGC, p. 5 ; UNIL, p. 20 ; Walder Wyss, p. 3.

³⁹³ Borel & Barbey, p. 7 ; EXPERTsuisse, p. 7 ; Niederer Kraft Frey, p. 4 ; OREF, p. 6 ; FSA, p. 16 ; ASB, p. 4 ; ASEFiD, p. 6 ; ABG, p. 1 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 4.

³⁹⁴ ABPS, p. 5 ; FSA, p. 11 ; ASB, p. 4 ; UNIL, p. 20 ; ABG, p. 1.

³⁹⁵ ABPS, p. 4 ; OREF, p. 6 ; Niederer Kraft Frey, p. 10 ; FSA, p. 18 ; ASEFiD, p. 7.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

6.5.5 Art. 55, al. 5, AP-LIFD

Un canton³⁹⁶, 2 partis³⁹⁷ et 19 organisations³⁹⁸ sont d'avis que la responsabilité solidaire du constituant et des bénéficiaires au sens de l'art. 55, al. 5, AP-LIFD n'est pas adaptée, qu'elle va à l'encontre de la reconnaissance comme sujet fiscal autonome de toute personne morale ou est en contradiction avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive économique. Un canton³⁹⁹ et une organisation⁴⁰⁰ suggèrent que la disposition sur la responsabilité soit limitée au trustee. 2 organisations⁴⁰¹ proposent que la responsabilité des bénéficiaires soit au moins limitée aux prestations touchées.

6.5.6 Art. 67a AP-LIFD / art. 26b AP-LHID

2 organisations⁴⁰² estiment que l'imposition d'un trust comme une fondation serait encore plus pénalisante pour les trusts commerciaux, où les fonds qui y sont apportés le temps d'une transaction ont pour vocation à en ressortir assez rapidement. Une organisation⁴⁰³ juge que la disposition n'est pas claire et demande qu'elle soit explicitée.

6.5.7 Art. 205g AP-LIFD / art. 78h AP-LHID

9 cantons⁴⁰⁴ font remarquer que le principe constitutionnel de la bonne foi ne commande pas l'adoption de dispositions transitoires lorsqu'une loi est modifiée. Ils jugent qu'une réglementation transitoire durable est problématique sur les plans de l'égalité de traitement et de la praticabilité et demande qu'elle soit limitée dans le temps.

7 cantons⁴⁰⁵ proposent que seuls les trusts constitués avant la date de publication de l'avant-projet (c'est-à-dire avant le 12 janvier 2022) puissent bénéficier de la réglementation transitoire. Ils considèrent que la protection de la bonne foi ne peut plus être invoquée après la publication de l'avant-projet.

8 organisations⁴⁰⁶ critiquent le fait que les règles transitoires ne s'appliquent pas aux cas où des actifs sont rajoutés ultérieurement au trust et exigent que la réglementation transitoire inclue les trusts pour lesquels des contributions complémentaires sont prévues par testament et ceux qui sont prévus dans des dispositions pour cause de mort avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales, mais qui sont constitués après l'entrée en vigueur desdites dispositions légales.

³⁹⁶ TI, p. 6.

³⁹⁷ PLR, p. 2 ; UDC, p. 2.

³⁹⁸ ABPS, p. 5 ; Borel & Barbey, p. 7 ; EXPERTsuisse, p. 9 ; FER, p. 2 ; FTAF, p. 3 ; Lanter, p. 5 ; Niederer Kraft Frey, p. 10 ; OREF, p. 1 ; SATC, p. 3 ; FSA, p. 17 ; ASB, p. 3 ; USAM, p. 2 ; STEP-Ge, p. 3 ; STEP Swiss and Liechtenstein, p. 2 ; ASEFiD, p. 7 ; UNIL, p. 20 ; ABG, p. 1 ; ASG, p. 1 ; Walder Wyss, p. 4.

³⁹⁹ TI, p. 6.

⁴⁰⁰ Lanter, p. 5.

⁴⁰¹ OREF, p. 7 ; ASEFiD, p. 7 ; Walder Wyss, p. 4.

⁴⁰² ABPS, p. 6 ; ASG, p. 1.

⁴⁰³ FSA, p. 17.

⁴⁰⁴ AG, p. 3 ; AR, p. 3 ; BL, p. 4 ; LU, p. 1 ; NW, p. 5 ; OW, p. 4 ; TG, p. 2 ; TI, p. 6 ; ZH, p. 10.

⁴⁰⁵ AG, p. 3 ; AR, p. 3 ; BL, p. 4 ; LU, p. 1 ; NW, p. 5 ; OW, p. 4 ; ZH, p. 10.

⁴⁰⁶ ABPS, p. 6 ; EXPERTsuisse, p. 9 ; OREF, p. 7 ; SATC, p. 2 ; ASB, p. 4 ; ASEFiD, p. 7 ; ABG, p. 1 ; ASG, p. 1.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Une organisation⁴⁰⁷ considère que les règles transitoires violent le principe de légalité. Une autre organisation⁴⁰⁸ demande qu'il soit précisé que l'« ancien droit » est en fait la pratique actuelle fondée sur les circulaires.

6.5.8 Art. 21, al. 1, let. a^{bis}, AP-LIA

2 organisations⁴⁰⁹ font remarquer que les avoirs détenus par une *underlying company* seraient soumis, conformément à la nouvelle disposition, à des règles différentes selon qu'il s'agit d'un remboursement au sens de la LIA ou d'un remboursement au sens d'une convention de double imposition, ce qu'elles jugent inapproprié.

7 Autres remarques générales et propositions

Selon un canton⁴¹⁰, il convient de réserver la *fonction de trustee* à des professionnels, d'obliger les trustees non-professionnels à soumettre leurs comptes à un réviseur et/ou de créer une autorité de surveillance. Une organisation⁴¹¹ propose en outre d'imposer un *nombre minimum* de deux trustees lorsque ces derniers sont des personnes physiques et qu'aucun d'eux n'est trustee professionnel.

Selon une organisation⁴¹², l'exclusion des *constructive trusts* paraît sage mais, comparé aux solutions de certains pays étrangers, elle a pour conséquence de limiter la protection des bénéficiaires en cas de violation des clauses du trusts (*breach of trust*).

2 cantons⁴¹³ et une organisation⁴¹⁴ soutiennent que la LFAIE doit être modifiée en cas d'introduction du trust afin d'apporter des clarifications. Un canton⁴¹⁵ salue la sécurité juridique apportée par l'avant-projet dans le domaine de la LFAIE car l'apport d'un immeuble dans un trust ne sera plus réglé uniquement par la jurisprudence – parfois controversée –, mais également par une loi. Toutefois, un problème se pose dans le cadre d'un *revocable trust* : lorsqu'un constituant est domicilié en Suisse et qu'il transfère un bien immobilier dans un trust, puis déplace son domicile en-dehors de la Suisse et finit par révoquer son trust, le retour de l'immeuble dans son patrimoine doit être soumis à autorisation selon la LFAIE.

Un canton⁴¹⁶ souligne qu'à défaut de personnalité juridique, le trust et la qualité de trustee ne peuvent être inscrits au *registre du commerce*. Un autre canton⁴¹⁷ estime quant à lui que la situation concernant l'obligation d'inscription d'un *commercial trust* au registre du commerce doit être clarifiée (cf. not. art. 931 al. 1 CO).

⁴⁰⁷ FTAF, p. 3.

⁴⁰⁸ ASEFiD, p. 8.

⁴⁰⁹ EXPERTsuisse, p. 10 ; ASEFiD, p. 8.

⁴¹⁰ ZH.

⁴¹¹ STEP-Ls.

⁴¹² STEP-Ls.

⁴¹³ GR, VD.

⁴¹⁴ CSRF.

⁴¹⁵ ZG.

⁴¹⁶ TI.

⁴¹⁷ ZH.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

Un canton⁴¹⁸ et une organisation⁴¹⁹ indiquent que les dispositions de *l'ordonnance sur le registre foncier* (ORF ; RS 211.432.1) doivent également être modifiées : dans l'art. 58 ORF, les art. 529*m* AP-CO et 962*b* AP-CC doivent aussi être mentionnés.

Un canton⁴²⁰ soutient que, compte tenu des nombreux fors créés et de l'imprécision des dispositions, l'introduction du trust pourrait engendrer une *augmentation des coûts judiciaires* liés à des patrimoines qui n'ont souvent qu'un rapport ténu avec la Suisse. 2 organisations⁴²¹ indiquent qu'il faudra de nombreuses années d'insécurité juridique avant de disposer d'une institution bien établie dans la jurisprudence suisse. Cette situation constituera un frein à l'utilisation de cet instrument par les praticiens.

Selon une organisation⁴²², il convient de régler la situation juridique des trusts, non soumis au droit suisse, créés avant l'entrée en vigueur de la modification prévue par cet avant-projet. De plus, cette organisation se demande quelles seront les dispositions applicables dans tous les cas, malgré un choix de droit étranger dans l'acte de trust.

Une organisation⁴²³ souhaite que dans certains cas, l'acte de trust puisse être modifié sans nécessairement passer par un juge. Des coûts et une surcharge des tribunaux seraient évités.

En ce qui concerne le futur message du Conseil fédéral, une organisation⁴²⁴ estime opportun que les nouvelles possibilités en matière de *transmission d'entreprises* offertes par le trust suisse soient indiquées, accompagnées d'informations sur les bénéfices pour les PME concernées et l'économie dans son ensemble.

Une organisation⁴²⁵ soutient que la terminologie n'est pas adéquate : les termes (ex. trustee) doivent tous être traduits dans les *langues nationales*, ce que le droit français a déjà fait par ailleurs.

Une organisation⁴²⁶ soutient que le cas d'une constitution abusive d'un trust et ses conséquences doit être expressément réglé par la loi. Cette solution permettrait d'éviter l'application du principe général du *Durchgriff*.

Selon une organisation⁴²⁷, en ce qui concerne l'opposabilité de l'acte de trust aux tiers, seule l'action réelle est envisageable : le législateur pourrait augmenter le nombre de droits réels existants.

Une organisation⁴²⁸ s'interroge sur l'opportunité d'une obligation de *capital minimum* lors de la création du trust.

⁴¹⁸ OW.

⁴¹⁹ CSRF.

⁴²⁰ VD.

⁴²¹ CP, FSA.

⁴²² Cone Marshall.

⁴²³ GSCGI.

⁴²⁴ Forum PME.

⁴²⁵ CSRF.

⁴²⁶ FSA.

⁴²⁷ UNIL.

⁴²⁸ ZNK.

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

8 Accès aux avis

Conformément à l'art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (RS 172.061), le public a accès au dossier soumis à consultation, ainsi qu'après expiration du délai de consultation, aux avis exprimés par les participants, tout comme – après que le Conseil fédéral en a pris connaissance – au rapport sur les résultats de la consultation. Ces documents sont disponibles électroniquement sur la plateforme de publication du droit fédéral.

Verzeichnis der Eingaben
Liste des organismes ayant répondu
Elenco dei partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AI	Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE	Genf / Genève / Ginevra
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura / Giura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
SZ	Schwyz / Svitto
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
UR	Uri
VD	Waadt / Vaud
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

Le Centre	Die Mitte Le Centre Alleanza del Centro
PLR	FDP. Die Liberalen PLR. Les Libéraux-Radicaux PLR. I Liberali Radicali PLD. Ils Liberals

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

PS	Sozialdemokratische Partei der Schweiz SP Parti Socialiste Suisse PS Partito Socialista Svizzero PS
UDC	Schweizerische Volkspartei SVP Union Démocratique du Centre UDC Unione Democratica di Centro UDC

Interessierte Organisationen und Privatpersonen / Organisations intéressées et particuliers / Organizzazioni interessate e privati

ABG	Vereinigung Schweizerischer Assetmanagement- und Vermögensverwaltungsbanken (VAV) Association de Banques Suisses de Gestions (ABG) Associazione di Banche Svizzere di Gestione Patrimoniale ed Istituzionale (ABG)
ABPS	Vereinigung Schweizerischer Privatbanken (VSPB) Association de Banques Privées Suisses (ABPS) Associazione delle Banche Private Svizzere (ABPS)
Alliancesud	Alliancesud
ANB	Verband Bernischer Notare (VbN) Association des Notaires Bernois (ANB) Associazione dei Notai Bernesi (ANB)
ASB	Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) Association Suisse des Banquiers (ASB) Associazione Svizzera dei Banchieri (ASB)
ASEFiD	Schweizerische Vereinigung Diplomierter Steuerexperten (SVDS) Association Suisse des Experts Fiscaux Diplômés (ASEFiD) Associazione Svizzera degli Esperti Fiscali Diplomatisti (ASEFiD)
ASG	Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) Association Suisse des Gestionnaires de Fortune (ASG) Associazione Svizzera di Gestori Patrimoniali (ASG)
ASM	Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR) Association Suisse des Magistrats de l'Ordre Judiciaire (ASM) Associazione Svizzera dei Magistrati (ASM)
Bär & Karrer	Bär & Karrer
Borel & Barbey	Borel & Barbey
Burckhardt	Burckhardt
CCIG	Chambre de Commerce, d'Industrie et des Services de Genève
CDF	Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (FDK) Conférence des Directrices et des Directeurs Cantonaux des Finances (CDF) Conferenza dei Direttori Cantionali delle Finanze (CDF)
Cone Marshall	Cone Marshall Swiss Trustees

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

COPTIS	Schweizer Berufsverband der Immobilien-Verbriefung (COPTIS) Association Suisse des Professionnels en Titrisation Immobilière (COPTIS) Associazione Svizzera degli Professionali nel Titolarizzazione Immobiliare (COPTIS)
CP	Centre patronal
CPFS	Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz (KBKS) Conférence des Préposés aux Poursuites et Faillites de Suisse (CPFS) Conferenza degli Ufficiali di Esecuzione e Fallimenti della Svizzera (CUEFS)
CSRF	Konferenz der Schweizerischen Grundbuchführung (KSG) Conférence Suisse du Registre Foncier (CSRF) Conferenza Svizzera del Registro Fondiario (CSRF)
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des Entreprises Suisses Federazione delle Imprese Svizzere
EXPERTsuisse	Expertenverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand Association Suisse des Experts en Audit, Fiscalité et Fiduciaire Associazione di Esperti Contabili, Fiscali e Fiduciar
FER	Fédération des Entreprises Romandes
Findling Grey	Findling Grey
FischerRampBuchmann	FischerRampBuchmann
Forum PME	KMU-Forum Forum PME Forum PMI
FSA	Schweizerischer Anwaltsverband (SAV) Fédération Suisse des Avocats (FSA) Federazione Svizzera degli Avvocati (FSA)
FSN	Schweizer Notarenverband (SNV) Fédération Suisse des Notaires (FSN) Federazione Svizzera dei Notai (FSN)
FTAF	Federazione Ticinese delle Associazioni di Fiduciari
GSCGI	Schweizerische Vereinigung Unabhängiger Finanzberater (SVUF) Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants (GSCGI) Associazione Svizzera dei Consulenti Finanziari Indipendenti (ASCFI)
Lanter	Lanter
Niederer Kraft Frey	Niederer Kraft Frey
OREF	Ordre Romand des Experts Fiscaux Diplômés
Public Eye	Public Eye
RAIFFEISEN	RAIFFEISEN
SATC	Swiss Association of Trust Companies

Synthèse de la consultation : Introduction du trust

SGC	SGC Avocat
STEP Swiss and Liechtenstein	Swiss and Liechtenstein STEP Federation
STEP-Ge	Association STEP Geneva
STEP-Ls	Association STEP Lausanne
SUPSI	Scuola Universitaria Professionale della Svizzera Italiana (SUPSI) / Associazione Master of Advanced Studies in Tax Law (AMASTL)
SwissFoundations	SwissFoundations
Travail.Suisse	Travail.Suisse
UNIGE	Centre en philanthropie - Université de Genève
UNIL	Universität Lausanne (UNIL) Université de Lausanne (UNIL) Università di Losanna (UNIL)
USAM	Schweizerischer Gewerbeverband (SGV) Union Suisse des Arts et Métiers (USAM) Unione Svizzera delle Arti e Mestieri (USAM)
USS	Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) Union Syndicale Suisse (USS) Unione Sindacale Svizzera (USS)
UZH	Universität Zürich (UZH) Université de Zurich (UZH) Università di Zurigo (UZH)
veb.ch	veb.ch
Verein STEP	Verein STEP (zug)
Walder Wyss	Walder Wyss Avocats
ZHK	Zürcher Handelskammer
ZNK	Zürcherisches Notaren-Kollegium
ZVDS	Zentralschweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten