



Ordre romand des experts fiscaux diplômés

Par e-mail

(zz@bj.admin.ch)

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

Genève, le 29 avril 2022

Consultation relative au projet d'introduction du trust : modification du code des obligations

Madame la Conseillère fédérale,

L'Ordre Romand des Experts Fiscaux Diplômés (OREF) est une association professionnelle suisse créée en 1985 et composée d'environ 250 membres actifs dans le domaine fiscal tant au sein d'entreprises et d'autorités fiscales qu'en tant que conseillers pour des personnes morales et privées.

Dans la mesure où l'Avant-Projet de loi élaboré dans le cadre du projet d'introduction du trust en droit suisse (ci-après : « AP ») comprend également un volet fiscal, l'OREF souhaite participer à la consultation, tout en limitant sa prise de position à cet aspect.

Executive Summary

L'OREF salue l'introduction d'un trust de droit suisse au plan civil. Il ne peut toutefois pas en l'état apporter son soutien aux dispositions fiscales prévues par l'AP.

En effet, l'OREF relève de nombreuses difficultés et incohérences sur cet aspect-là, notamment l'introduction de nouveaux critères d'assujettissement inédits en droit suisse et peu praticables. Par ailleurs, l'AP fait référence au concept de « part », qui est étranger à l'institution du trust irrévocable et discrétionnaire et, par conséquent, inapplicable en pratique. En outre, il en découlera une augmentation conséquente de la charge fiscale des trusts en raison de la triple imposition envisagée, ce qui rendra ceux-ci peu attrayants et nuira à l'attractivité de la Suisse. Enfin, la solidarité projetée pose de réels problèmes de cohérence et de constitutionnalité.

L'OREF recommande ainsi le renvoi de l'AP au groupe de travail s'agissant des aspects fiscaux. Il préconise le maintien - avec quelques améliorations possibles - des modalités actuelles, dont le degré de formalité (loi au sens formel, Circulaire, autre) devra être apprécié en fonction de la nouvelle proposition élaborée.

I. Remarques introductives

L'OREF salue l'introduction d'un trust de droit suisse au plan civil, qui offre notamment un instrument important de planification successorale palliant aux carences du droit suisse en la matière.

Le volet fiscal de l'AP pose toutefois des difficultés majeures, tant d'un point de vue juridique que pratique. Ces difficultés pourraient rendre rédhitoire la constitution de nouveaux trusts, à tel point que l'institution du trust suisse demeurerait lettre morte. Par ailleurs, l'introduction de ces dispositions risque de freiner l'installation en Suisse de nouveaux contribuables, parties prenantes à un trust.

Notre prise de position se concentre principalement sur les aspects liés au trust irrévocable et discrétionnaire, dont les modalités d'imposition diffèrent sensiblement de celles appliquées à ce jour.

II. Modalités d'imposition, en général

A titre liminaire, il convient de relever que, depuis 2007, le traitement fiscal des trusts est régi par la Circulaire N° 30 de la Conférence suisse des impôts (ci-après : « CSI »), reprise par l'Administration fédérale des contributions dans le cadre de la Circulaire N° 20 du 27 mars 2008.

Comme relevé à juste titre dans le rapport explicatif, la pratique actuelle n'est que très rarement contestée dans le cadre de procédures judiciaires, les modalités d'imposition étant généralement discutées avec les autorités fiscales préalablement à la constitution du trust. Ceci dit, suite à (i) l'adaptation de la Suisse aux prescriptions de l'OCDE en ce qui concerne l'échange de renseignements, (ii) la signature en 2013 de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, il est possible que les autorités fiscales soient amenées à examiner le traitement fiscal de trusts d'ores et déjà constitués, engendrant éventuellement des contestations, selon l'analyse conduite.

La fixation des modalités d'imposition du trust, respectivement du constituant et des bénéficiaires, *via* des normes plus ou moins formelles (cf. *infra*, IV) est souhaitable compte tenu de ce qui précède, et est d'autant plus adéquate qu'elle pourrait actuellement avoir lieu dans le cadre de l'introduction du trust en droit suisse. En effet, il serait de notre point de vue

peu cohérent d'introduire un nouvel instrument dans l'ordre juridique suisse sans l'accompagner de dispositions fiscales clarifiant le traitement fiscal y relatif.

Cependant et comme indiqué ci-dessus, les modalités retenues dans le cadre de l'AP soumis à consultation conduiraient à rendre cet instrument peu ou pas praticable ou recommandable, pour les motifs décrits ci-après sous le point III.

Par ailleurs, l'AP actuel impacterait de façon négative l'attractivité de la Suisse, notamment en décourageant l'installation de nouveaux contribuables en Suisse qui seraient bénéficiaires d'un trust de droit étranger, voire en provoquant le départ de contribuables bénéficiaires ou constituants d'un trust irrévocable et discrétionnaires, actuellement domiciliés en Suisse, qui ne seraient pas couverts par la clause transitoire.

III. Commentaires des dispositions légales

A. Revocable Trust (art. 10a al. 1 AP-LIFD ; art. 6a al. 1 AP-LHID)

L'Avant-projet reprend la pratique actuelle et n'appelle pas de commentaire particulier.

B. Irrevocable Fixed Interest Trust (art. 10a al. 2 AP-LIFD ; art. 6a al. 2 AP-LHID)

L'Avant-projet reprend la pratique actuelle et n'appelle pas de commentaire particulier. Cela dit, selon la formulation actuelle, « *Les revenus [et la fortune du trust] sont ajoutés à ceux des bénéficiaires conformément à leurs parts (...)* » (nous soulignons). Or, ce concept de "parts" est étranger aux trusts, et les prétentions des bénéficiaires sur les actifs et sur les revenus du trust ne peuvent pas toujours être déterminées.

Nous suggérons donc de remplacer cette terminologie par la suivante : « *conformément aux prétentions fermes dont ils disposent (...)* ».

C. Irrevocable and Discretionary Trust (art. 10a al. 3 AP-LIFD ; art. 6a al. 3 AP-LHID)

Les nouvelles modalités d'imposition du trust irrévocable et discrétionnaire divergent de la pratique actuelle en ce sens que la fortune et les rendements y relatifs seront dorénavant imposés selon les dispositions applicables aux fondations.

Selon le rapport explicatif, la solution proposée permettrait de remédier aux problèmes de constitutionnalité, critère prioritaire pour le Conseil Fédéral, plus particulièrement l'égalité de traitement et l'imposition en fonction de la capacité contributive. De plus, elle permettrait une « [é]galité de traitement fiscal avec une fondation de famille » (Rapport explicatif, p. 80). Cette solution s'avérerait toutefois moins avantageuse s'agissant des critères de l'attractivité de la place économique, des frais administratifs et de la praticabilité.

Comme il sera exposé ci-après, les modalités d'imposition proposées soulèvent de nombreux problèmes juridiques et difficultés pratiques.

(i) *Nouvelles règles d'assujettissement*

L'AP crée de nouveaux critères d'assujettissement applicables au trust, malgré le fait que celui-ci soit soumis aux mêmes règles d'imposition que la fondation. En effet, selon les art. 10a al. 3 AP-LIFD et 6a al. 3 AP-LHID, le trust est assujetti de manière illimitée dès lors :

- qu'un bénéficiaire au moins est assujetti en Suisse à raison de son rattachement personnel et, en l'absence de bénéficiaire déterminé,
- que le fondateur est rattaché personnellement à la Suisse ou l'était au moment de son décès (*règle subsidiaire*).

Bien que nous comprenions certains des objectifs poursuivis par l'introduction de ces critères, lesdits critères sont en contradiction avec ce qui prévaut pour la fondation, qui est quant à elle assujettie au lieu de son siège ou de son administration effective. Par ailleurs, l'application de ces critères nous paraît problématique.

Sur un plan pratique, il sera difficile pour les autorités fiscales, respectivement pour le trustee, de déterminer l'assujettissement du trust en Suisse. En effet, à teneur de l'AP, un trust irrévocable discrétionnaire – de droit étranger ou de droit suisse – avec plusieurs bénéficiaires, dont un seul domicilié en Suisse, pourra être assujetti en Suisse alors même que le bénéficiaire suisse peut n'avoir encore touché aucun versement, voire même ignorer son statut de bénéficiaire. Cela signifie-t-il que, lors de la première distribution en faveur dudit bénéficiaire, l'autorité fiscale pourrait ouvrir une procédure de rappel d'impôt/soustraction fiscale à l'encontre du trust pour le passé compte tenu du fait que le bénéficiaire se trouvait d'ores et déjà en Suisse les années précédentes, avec une éventuelle responsabilité solidaire du bénéficiaire ? Cette situation crée une grande insécurité juridique.

Une autre question sera de déterminer à partir de quel moment une personne doit être considérée comme bénéficiaire : lorsqu'elle est nommément désignée en tant que bénéficiaire ? Lorsqu'elle appartient à un cercle de bénéficiaires potentiels ? Qu'en est-il lorsqu'il existe plusieurs « rangs » de bénéficiaires : les bénéficiaires de second rang doivent-ils être considérés comme des bénéficiaires ?

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.

A cela s'ajoute la problématique du transfert du domicile du/des bénéficiaire(s) 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.

Enfin, selon notre compréhension de l'Avant-projet, la fortune et le revenu d'un trust pourraient être entièrement imposables en Suisse en raison d'un assujettissement illimité du fondateur/constituant (règle subsidiaire). Or, cet assujettissement devra être revu en conséquence lorsqu'un bénéficiaire deviendra identifiable, ce qui ne sera pas toujours très cohérent. Selon la teneur du rapport explicatif (Rapport explicatif, p. 69), dans ce cas, l'assujettissement ne s'étendrait pas aux parts des bénéficiaires résidents à l'étranger. Ici aussi, la notion de « part » sera souvent difficile à identifier en pratique.

Il ressort de ce qui précède que ces nouveaux critères d'assujettissement sont difficilement applicables et compréhensibles pour les différentes parties prenantes d'un trust ainsi que les autorités fiscales.

(ii) *Assiette imposable*

L'AP prévoit d'assujettir le trust en Suisse de façon illimitée à raison du rattachement personnel du(des) bénéficiaire(s) (art. 10a al. 3 AP-LIFD ; art. 6a al. 3 AP-LHID). Dans ce cas, l'assujettissement fiscal ne s'étendra pas aux parts des bénéficiaires résidant à l'étranger (Rapport explicatif, p. 69).

Cette approche semble problématique tant d'un point de vue technique que pratique.

En effet, le propre du trust irrévocable discrétionnaire est de permettre un versement *discrétionnaire* en faveur des bénéficiaires. Ces derniers n'ont donc, par définition, aucun droit fixe à l'obtention de versements – et encore moins de « parts » – mais uniquement des expectatives. Il n'est dès lors pas cohérent de leur imputer une part des revenus et de la fortune du trust, car cette part ne sera pas déterminable. Le rapport explicatif a bien identifié cette problématique mais indique que « [l]a manière dont ces parts seront déterminées en termes de montants dans les cas individuels relève de la pratique » (Rapport explicatif, p. 78). Il n'est pourtant pas évident de percevoir par quel procédé on serait en mesure de déterminer dans la pratique des parts qui, au vu des caractéristiques de ces trusts, n'existent pas.

Cela sans compter que les bénéficiaires peuvent varier dans le temps (naissance d'un descendant de l'un des bénéficiaires, décès de l'un des bénéficiaires), ce qui nécessiterait à chaque fois de déterminer à nouveau la part de chacun.

(iii) *Conformité aux conventions internationales visant à éviter les cas de double imposition (« CDI »)*

L'AP n'est pas clair sur ce point (cf. art. 10a al. 4 AP-LIFD ; art. 6a al. 4 AP-LHID).

Comme nous le comprenons, les revenus du trust ne pourront être ajoutés à ceux du constituant que dans les cas où, malgré le fait qu'une CDI donne à un autre pays le droit d'imposer le trust, ce pays ne fait pas usage de ce droit, c'est-à-dire ne prélève pas l'impôt y relatif.

Si ces dispositions devaient être comprises autrement, par exemple comme autorisant dans tous les cas à ajouter les revenus du trust à ceux du constituant pour l'assiette imposable, cela serait particulièrement problématique, car cela impliquerait une double taxation du même revenu au motif que le trust et le constituant sont deux contribuables différents et alors même que le constituant ne touche aucune distribution du trust. Un même patrimoine serait imposé deux fois dans son ensemble, car il serait attribué dans chaque Etat à une personne différente. La conformité d'une telle approche avec les règles d'attribution des CDI serait douteuse.

(iv) Augmentation importante de la charge fiscale par rapport au régime actuel

Au surplus, le régime fiscal proposé, à la lettre de la loi (cf. art. 24 let. 4 AP-LIFD ; art. 7 al. 4 let c AP-LHID), aboutit à la conversion du capital apporté au trust en revenu lorsqu'il est distribué aux bénéficiaires, en tout cas pour ce qui est des trusts discrétionnaires et irrévocables, contrairement à la situation prévalant actuellement. Cette proposition dénuée d'intérêt l'institution du trust, qui vise notamment à fournir un instrument permettant d'assurer le transfert du patrimoine entre générations. Il en résulte ainsi, dans le cas de trusts irrévocables et discrétionnaires, une triple imposition de l'actif attribué au trust, soit (i) à l'impôt sur les donations (ou les successions) lors de son attribution au trust (en fonction du droit cantonal applicable), (ii) à l'impôt sur le capital pendant sa détention par le trust et (iii) à l'impôt sur le revenu lors de sa distribution au bénéficiaire.

D. Autres dispositions

(i) Solidarité

Selon l'art. 55 al. 5 AP-LIFD, les bénéficiaires et les constituants assujettis de manière illimitée en Suisse sont solidairement responsables des impôts d'un trust au sens de l'art. 10a al. 3 ou 4 AP-LIFD. Cette solidarité n'est par ailleurs pas limitée.

L'imposition analogue du trust irrévocable discrétionnaire à celle de la fondation – sans pour autant appliquer les mêmes critères en matière d'assujettissement – posera à l'évidence des difficultés aux autorités fiscales pour notifier voire recouvrer leurs créances fiscales lorsque le trustee est à l'étranger, surtout lorsqu'aucun bien n'est situé en Suisse.

Le régime de solidarité tel qu'envisagé par l'AP s'éloigne de la conception habituelle que l'on a de cette notion en droit fiscal. En effet, la solidarité résulte ordinairement soit d'un lien économique (e.g. solidarité du donateur pour les droits de donation), soit d'un pouvoir décisionnel sur le patrimoine concerné (e.g. solidarité du liquidateur).

Or, le settlor qui s'est définitivement dessaisi de son patrimoine en faveur d'un trust irrévocable et discrétionnaire, respectivement le bénéficiaire d'un tel trust, ne dispose pas (ou plus) d'un pouvoir décisionnel sur le patrimoine dudit trust. De plus, le lien économique fait défaut, le

bénéficiaire ayant uniquement des attentes et le settlor ne présentant aucun lien allant au-delà de ceux relatifs à l'opération de dessaisissement.

La solidarité envisagée par l'AP reviendrait ainsi à rechercher une personne pour des impôts (revenus et fortune) alors que cette dernière ne jouit d'aucune prérogative ferme à cet égard, ni d'aucun pouvoir décisionnel (et ne dispose pas nécessairement des moyens de s'acquitter de l'impôt). Cette règle serait donc en contradiction avec le principe de réalisation du revenu qui fonde l'imposition de celui-ci, voire avec le principe de la capacité contributive.

La solidarité du constituant pose en outre un réel problème de cohérence. En effet, dans le cadre d'un trust constitué du vivant du fondateur/constituant, ce dernier devra s'acquitter de l'impôt sur les donations. Il paraît alors difficile de justifier qu'il soit ensuite tenu de s'acquitter de l'impôt sur la fortune et sur les rendements du trust.

Il conviendrait à tout le moins de limiter cette solidarité aux montants des distributions reçues par les bénéficiaires pour les années durant lesquelles celles-ci ont été versées.

(ii) Clause transitoire

La clause transitoire (art. 205g AP-LIFD ; art. 78h AP-LHID) pose deux problèmes. Premièrement, elle ne tient pas dûment compte du fait qu'un trust peut être complété par le constituant au fil du temps ; le fait de prévoir de maintenir les modalités d'imposition actuelles à un trust existant dans l'hypothèse d'une contribution ultérieure, même minime, ne nous semble pas justifié et ce d'autant plus que ces éventuelles contributions complémentaires pourraient d'ores et déjà être prévues, notamment dans le cadre de dispositions testamentaires.

Deuxièmement, la clause ne prend nullement en considération les trusts déjà planifiés mais pas encore constitués, en particulier ceux prévus par des pactes successoraux ou des testaments. Ces dispositions testamentaires sont souvent le résultat de discussions et négociations extrêmement longues, difficiles et complexes entre les parties, et l'application du nouveau droit forcerait celles-ci à revoir leur planification successorale. Pire encore, si l'une des parties au pacte successoral ou si le testateur (en cas de testament) est devenu incapable de discernement ou a déjà mis en œuvre la transmission de certains éléments de son patrimoine, une modification des dispositions pour cause de mort ne sera plus possible, alors même que ces dernières ne reflètent vraisemblablement plus la volonté des intéressés. Les aspects fiscaux sont en effet essentiels dans le cadre de toute planification et sont bien souvent des facteurs décisifs.

Il convient dès lors de modifier la clause pour (i) prévoir la possibilité pour le constituant d'y attribuer des valeurs complémentaires, tout en fixant un plafond en fonction d'un pourcentage des actifs d'ores et déjà compris dans le trust et (ii) inclure dans la clause également les trusts dont la constitution interviendra après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions mais est d'ores et déjà prévue par des dispositions pour cause de mort.

IV. Proposition

Compte tenu de ce qui précède, l'OREF estime que la fixation des modalités d'imposition est souhaitable dans le cadre de l'introduction de ce nouvel instrument.

En revanche, pour les motifs exposés ci-dessus, la variante retenue dans le cadre de l'AP n'est pas soutenue par l'OREF dans la mesure où elle conduirait vraisemblablement à rendre le trust suisse peu attractif et, surtout, nuirait à l'attractivité de la Suisse pour les bénéficiaires/constituants de trusts étrangers. Par ailleurs, cette variante soulève également des problèmes de constitutionnalité.

Nous sommes conscients que certaines modalités de l'imposition actuelle ressortant de la Circulaire 30 de la CSI peuvent aussi être critiquées sous l'angle constitutionnel, en particulier s'agissant de la distinction opérée en fonction du lieu du domicile (en Suisse ou à l'étranger) du settlor au moment de la constitution du trust. Ceci dit et comme relevé dans le rapport explicatif, certaines différences peuvent se comprendre. En effet, tandis que certains droits étrangers connaissent la possibilité d'un dessaisissement sans enrichissement correspondant, une telle faculté est inconnue de l'ordre juridique suisse, tant sous l'angle civil que fiscal. De plus, d'autres différences de traitement extrêmement conséquentes existent entre les ressortissants suisses et étrangers, notamment le régime fiscal de l'imposition d'après la dépense, qui sert l'intérêt public (Message relatif à la loi fédérale sur l'imposition d'après la dépense, FF 2011 5605, p. 5629 s.).

Partant, l'OREF considère qu'une proposition reprenant les principes d'ores et déjà appliqués depuis 2007 serait plus appropriée, tant les contribuables que les autorités fiscales étant globalement satisfaits du régime existant. Certains aménagements à la pratique actuelle pourraient être examinés par le groupe de travail en charge du volet fiscal, afin d'en améliorer, si possible, la conformité au droit constitutionnel. Le degré de formalité requis pour les normes fiscales du projet (loi au sens formel, circulaire ou autre) devra également être examiné par le groupe, sur la base de la nouvelle proposition élaborée.

En tout état de cause, nous recommandons l'abandon des modalités prévues par l'AP et le renvoi au groupe de travail en charge des aspects fiscaux afin d'élaborer une alternative.

* * *

OREF

Ordre romand des experts fiscaux diplômés

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

ORDRE ROMAND DES
EXPERTS FISCAUX DIPLOMES



Marc Nicolet



Sarah Busca Bonvin