

SUPSI

Novità fiscali

L'attualità del diritto tributario svizzero
e internazionale

N° 10 – ottobre 2017

POLITICA FISCALE

La Svizzera presto nella Black-list dell'UE?

296

DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

La Circolare n. 29/2017 della Divisione delle contribuzioni:
un primo commento

297

Passato, presente e futuro della Circolare dell'AFC n. 40
dell'11 marzo 2014

300

IVA E IMPOSTE INDIRETTE

La revisione dell'IVA

304

Il nuovo impianto sanzionatorio in tema di operazioni soggette
a reverse charge

307

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

L'imposition des trusts

310

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO

Detassati al 95% i dividendi distribuiti dalla controllata svizzera

314

L'imposition des trusts

Revenus récurrents, fortune imposable?



Sibilla G. Cretti
 Avocat, Dott. iur.,
 TEP, LLM Tax, SGC Avocat, Neuchâtel

Cour de Justice du Canton de Genève, Chambre administrative, 19 janvier 2016, M. et Mme A c. Administration fiscale cantonale, Administration fédérale des contributions et Tribunal administratif de première instance (ATA/54/2016). Le caractère récurrent du versement à des bénéficiaires, résidents fiscaux de Suisse, des revenus d'un trust de droit étranger n'est pas déterminant pour conclure à un trust de type fixe et imputer aux bénéficiaires, à titre de fortune imposable, le patrimoine trustal générateur des rendements. L'imposition, en mains du bénéficiaire, des distributions et du patrimoine trustal générateur des rendements distribués, doit se fonder sur une analyse des documents trustaux, sur l'histoire du trust, l'étendue des pouvoirs exercés par le/s trustee/s selon l'acte constitutif du trust et les modalités de l'exercice des pouvoirs trustaux dans les faits, ainsi que sur le traitement fiscal du trust dans la juridiction étrangère dont il relève.

I. Faits	310
II. Considérants de la Chambre administrative	311
III. Commentaires	312
A. Absence de norme de droit privé et de droit fiscal.....	312
B. Relation droit privé/droit fiscal	312
C. Notion de fortune et de revenu imposable	312
D. Revenu imposable ou donation exonérée?	313
E. Documentation complète de rigueur	313

I. Faits

Madame A, de nationalité suisse et américaine, est arrivée à Genève en 1979 avec son époux, Monsieur A, de nationalité américaine. Les deux arrivaient en provenance des Etats-Unis (USA).

Monsieur A exerce à Genève une activité indépendante de médecin, les époux A sont assujettis aux impôts sur une base ordinaire.

Madame A est la bénéficiaire d'un trust testamentaire (trust D), établi en Virginie (USA), par son arrière-grand-père maternel, en 1939. A ce titre, Madame A reçoit quatre fois par année des montants dudit trust, montants que Madame A déclare régulièrement comme éléments des revenus imposables du couple A.

Selon l'acte constitutif du trust, le testateur et settlor (arrière-grand-père de Madame A), avait constitué un premier trust en faveur de son épouse. Pour le surplus, il avait légué la moitié de sa fortune à son fils en pleine propriété, l'autre moitié, désignée comme "trust fund", était constituée en trust en faveur de Madame C, la fille du constituant (et mère de Madame A) et léguée à deux personnes désignées pour agir comme trustees selon des modalités, conditions et dispositions contenues dans l'acte constitutif du trust, comme suit: "[l]es trustees pouvaient acquérir, gérer, contrôler, investir ou réinvestir dans le cadre de la gestion des avoirs du trust, percevoir toute forme de revenus y afférents et payer tous frais et impôts à charge de celui-ci. Les revenus restants, ainsi que le capital du trust devaient être versés selon les modalités déterminées dans le document. Ainsi, pendant l'existence du trust, les revenus nets, ou la part que les trustees devaient déterminer devaient être distribués semestriellement, ou plus souvent si possible, et/ou être utilisés pour le profit, les besoins, la subsistance, le support, l'éducation et le confort de la petite-fille (arrière-petite-fille) du testateur, Madame C et/ou son époux et/ou leurs enfants, de la manière dont les trustees le jugeaient la plus appropriée, à leur entière discrétion. Si tout ou partie des revenus nets n'étaient pas distribués ou utilisés, ils devaient être conservés et réinvestis par les trustees, de la même manière que le trust fund. Ils pouvaient toutefois être considérés comme des revenus et distribués ou utilisés les années suivantes par les trustees à leur entière discrétion".

"L'acte constitutif réglait les modalités de la cessation d'activité du trust et celle de sa liquidation. Le trust ne pouvait être révoqué que par Madame C, à défaut, il devait être liquidé vingt-et-une années après le décès du dernier de ses descendants. Des dispositions pour le remplacement des trustees étaient prévues. En cas de liquidation, la fortune et les revenus non distribués devaient être immédiatement versés à la petite-fille du testateur ou à ses descendants ou à leurs héritiers légaux. Les trustees pouvaient gérer les avoirs du trust fund

à leur entière discrétion. Ils pouvaient décider à leur entière discrétion de ce qui était considéré comme fortune, revenus et revenus nets du trust, ainsi que de quels types de dépenses pouvaient être imputées de ceux-ci^[1].

Sur le fondement de ces informations factuelles, l'autorité fiscale genevoise a procédé à une reprise au niveau de la fortune imposable des époux A en ajoutant un montant représentant la valeur du trust D, obtenue par capitalisation à un taux de 8,5% du montant annuel reçu par Madame A.

La contribuable, Madame A, a contesté la reprise effectuée sur la fortune imposable par capitalisation des revenus du trust D en alléguant que le trust D est un trust discrétionnaire sur lequel la contribuable n'avait aucune emprise s'agissant des décisions de distribution et d'utilisation du capital; les décisions d'effectuer les distributions étant du seul ressort des *trustees* sans que la contribuable ne dispose d'aucun droit vis-à-vis des *trustees*.

Statuant sur réclamation, l'autorité fiscale genevoise a maintenu la reprise au niveau de la fortune imposable. Selon l'autorité fiscale, le pouvoir décisionnel relatif aux distributions découlait directement des dispositions testamentaires établies par le constituant ou *settlor* et, au surplus, le dossier fiscal de la contribuable faisait apparaître des distributions régulières et trimestrielles. Dès lors, le trust D devait être qualifié de "*fixed interest trust*" ou trust fixe et le revenu trustal pouvait être capitalisé selon la Circulaire n. 20 de l'Administration fédérale des contributions (AFC), du 20 mars 2008, sur l'imposition des trusts^[2]; pour le surplus, la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1er juillet 1985 (Convention de la Haye)^[3], réservait, expressément, à son art. 19, la compétence des Etats en matière fiscale.

La contribuable a interjeté un recours auprès du Tribunal administratif de 1ère instance (TAPI) contre la décision sur réclamation en concluant à l'annulation des reprises effectuées sur la fortune imposable en rapport avec les avoirs du trust D, telles reprises étant contraires au principe de l'imposition selon la capacité contributive, la fortune imposable d'un contribuable ne pouvant inclure que des éléments qui sont la propriété du contribuable du point de vue du droit civil et dont il a la jouissance et le pouvoir de disposition. Pour le surplus, la contribuable concluait à l'exemption des revenus perçus du trust D, ces revenus ayant déjà été imposés aux USA.

Dans son mémoire d'observations sur recours, l'autorité fiscale a conclu au rejet du recours pour les motifs suivants: le *trustee* ne possédait pas de marge d'appréciation quant à l'attribution des revenus et devait suivre les dispositions

testamentaires sans pouvoir s'en écarter, la contribuable recevait des versements à un rythme régulier depuis une décennie, il en résultait, selon l'autorité fiscale, un droit ferme pour la bénéficiaire et contribuable, le revenu devant être considéré comme réalisé au moment de sa distribution en mains de la contribuable et une capitalisation des revenus distribués par application des taux de capitalisation établis par la liste des cours de l'AFC s'imposait du moment que la part de capital générant les rendements imposables ne pouvait être déterminée "*up front*".

Le TAPI confirma la décision sur réclamation de l'autorité fiscale en s'alignant sur les arguments soulevés par cette dernière, en soulignant, notamment, le bien fondé de la reprise au niveau de la fortune imposable; pour ce qui concerne les revenus, le TAPI se fondait sur l'art. 22 "*autres revenus*" de la Convention du 2 octobre 1996 conclue entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu^[4] pour admettre la compétence de la Suisse pour procéder à leur imposition.

Contre le jugement du TAPI, la contribuable a interjeté un recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de Justice, en concluant au caractère discrétionnaire du trust, dûment documenté par l'acte constitutif du trust et la façon dont il avait été rédigé ainsi que par l'historique même du trust D, éléments qui attestaient le caractère discrétionnaire ainsi que par les modalités appliquées aux distributions trustales sur la base de décisions des *trustees* selon la seule discrétion de ces derniers.

Quant à l'autorité fiscale, elle a aussi formé un recours auprès de l'instance supérieure et a conclu au rejet du recours de la contribuable dans la mesure où le trust D devait être qualifié de trust fixe.

La contribuable a conclu au rejet du recours de l'autorité fiscale en soulignant les prérogatives discrétionnaires des *trustees* conférées à ces derniers par le *settlor* dans l'acte constitutif. La contribuable n'était pas nommément désignée comme bénéficiaire mais appartenait, en sa qualité de descendante du *settlor*, à la classe des bénéficiaires du trust D englobant la descendance de la fille du constituant. Pour le surplus, le trust D ayant été constitué selon le droit de l'Etat de Virginie, il convenait de l'analyser au regard du droit américain comme droit applicable (art. 7 Convention de la Haye).

II. Considérants de la Chambre administrative

La Chambre administrative a admis le recours de la contribuable.

Rappelant le contenu de l'objet de l'impôt sur la fortune des personnes physiques et son application à l'usufruitier pour la part de la fortune grevée d'usufruit, la Chambre administrative poursuit avec une analyse de la structure trustale au regard des normes du droit suisse, en étayant la relation entre le droit privé et le droit fiscal.

[1] ATA/54/2016, consid. 8, in: http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/TA/FichierWord/2016/0000/ATA_000054_2016_A_4175_2013.pdf (consulté le 03.10.2017).

[2] Cfr. <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/kreisschreiben.html> (consulté le 03.10.2017).

[3] RS 0.221.371.

[4] RS 0.672.933.61.

Pour la Chambre administrative, le droit fiscal doit prendre en considération l'état de fait tel qu'établi par les règles du droit privé avant de procéder selon ses propres normes pour saisir fiscalement les rendements trustaux et la fortune trustale, génératrice desdits rendements. Cette approche doit se faire sous réserve des préceptes dictés par la théorie de l'évasion fiscale. Celle-ci permet de remettre en cause l'état de fait tel qu'établi par les normes du droit privé lorsque, cumulativement, l'opération est insolite, a été mise en place aux seuls fins d'économiser des impôts et conduit à la réalisation d'une économie effective d'impôts.

La Chambre administrative rappelle ensuite la portée de la Circulaire n. 20 de l'AFC: établie dans le respect du sens et du but de la norme applicable, ladite Circulaire (qui n'a pas force de loi) vise à une application uniforme de la loi. La Chambre administrative rappelle l'approche schématique retenue par la Circulaire avec la distinction entre *trust* révocable et *trust* irrévocable et, au sein de ces derniers, la distinction entre *trusts* fixes et *trusts* discrétionnaires. Elle rappelle le contenu de la notion de *trust* fixe et de *trust* discrétionnaire et les enjeux fiscaux liés typiquement à la catégorie du *trust* dont il s'agit^[5].

Se fondant sur:

- une analyse des documents trustaux (acte constitutif du *trust* D);
- la loi applicable à la structure trustale;
- l'organisation du *trust*;
- les pouvoirs de décision et de gestion des *trustees*;
- l'absence de prétention juridique de la part de la bénéficiaire et contribuable vis-à-vis des *trustees*;
- la situation fiscale du *trust* au vu de son historique et de son fonctionnement spécifique;

la Chambre administrative conclut que la qualification du *trust* D comme *trust* discrétionnaire s'impose, *in casu*, avec les conséquences fiscales qui en découlent selon la Circulaire: imposition des distributions trustales comme revenu, au moment de leur distribution, en mains de la bénéficiaire et contribuable.

Au vu du caractère discrétionnaire du *trust*, la bénéficiaire et contribuable ne saurait être assimilée à une usufruitière et être imposée pour la partie de la fortune trustale génératrice des distributions reçues.

La réserve de l'évasion fiscale ne trouve pas application, en l'espèce, vu l'absence d'indices permettant de conclure que le *trust* D aurait été constitué dans un but d'évasion fiscale: ni l'historique du *trust*, ni l'attitude de la contribuable, qui a toujours régulièrement déclaré comme revenus les distributions trustales reçues, ne permettent de conclure à un cas d'évasion fiscale.

III. Commentaires

Le jugement de la Chambre administrative nous paraît cohérent et correct dans ses conclusions.

A. Absence de norme de droit privé et de droit fiscal

La structure du *trust* n'a pas été reprise dans le système normatif suisse (ni dans le droit civil, ni dans le droit fiscal). En revanche, depuis l'adhésion à la Convention de la Haye par la Suisse et au travers des nouvelles dispositions de la loi sur le droit international privé, un *trust*, valablement constitué dans une juridiction étrangère, selon le droit applicable à la structure du *trust*, sera reconnu en droit suisse, voir les artt. 149a à 149e de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

B. Relation droit privé/droit fiscal

Comme l'a souligné la Chambre administrative, le droit privé établit l'état de fait. Il incombe, ensuite, au droit fiscal de procéder selon ses propres normes pour saisir fiscalement les aspects économiques découlant de la structure trustale. En principe, le droit fiscal est lié par l'approche du droit privé sous réserve des normes sur l'évasion fiscale.

C. Notion de fortune et de revenu imposable

Comme l'a relevé, à juste titre, le représentant de la contribuable, la fortune couvre l'ensemble des choses et des droits qui sont la propriété d'une personne et qui sont appréciables en argent, la contribuable doit être propriétaire ou créancière des biens ou droits appréciables en argent; un bien ou un droit doit être réalisable, la contribuable doit pouvoir en disposer. La fortune grevée d'usufruit est ainsi considérée comme fortune de l'usufruitier et non du nu-propriétaire. En revanche une simple expectative n'entre pas dans le contenu de la fortune imposable.

Comme mentionné (cfr. *supra* III.A), il n'y a pas, en droit fiscal suisse, de normes légales concernant l'appréhension fiscale des relations trustales. Etablie dans le respect du sens et du but des normes d'imposition du revenu et de la fortune, la Circulaire n. 20 a pourvu à une harmonisation des pratiques fiscales cantonales lors de l'imposition des distributions provenant d'un *trust* et de l'imposition de la fortune trustale, en distinguant selon la typologie du *trust*.

Schématiquement, la Circulaire n. 20 distingue entre le *trust* révocable et le *trust* irrévocable et, dans cette dernière catégorie, entre le *trust* irrévocable et fixe – qui réserve au bénéficiaire une prétention légale contre le/s *trustee/s* à recevoir des distributions trustales autorisant à assimiler fiscalement ledit bénéficiaire à un usufruitier, en lui imputant la portion du patrimoine trustal générant la distribution sur laquelle il a une prétention juridique ferme selon les termes de l'acte constitutif du *trust* – et le *trust* irrévocable et discrétionnaire – qui n'octroie au bénéficiaire, en général défini par son appartenance à une classe de bénéficiaires, qu'une expectative à recevoir des distributions trustales, dite expectative se muant en prétention ferme pour le bénéficiaire contre le/s *trustee/s* seulement au moment où ce/s dernier/s a/ont exercé leur pouvoir de discrétion en faveur du/des bénéficiaire/s.

[5] ATA/54/2016 (note 1), consid. 9.

Assimiler fiscalement et de manière quasi systématique le/ la bénéficiaire de distributions trustales récurrentes à un usufruitier en lui imputant fiscalement revenu et fortune, conduirait à intégrer sur le plan de l'impôt sur le revenu la théorie des sources qui n'a pas été retenue par le droit fiscal suisse et à méconnaître le contenu fiscal de la notion de fortune imposable.

D. Revenu imposable ou donation exonérée?

La question peut se poser en présence d'un *trust* irrévocable et discrétionnaire si les *trustees* sont "animés" par un *animus donandi* propre lors de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en faveur de l'un ou de l'autre des bénéficiaires du *trust*?

Nous sommes d'avis que le *trustee*, agissant dans le cadre défini par le *settlor*, n'agit pas sur la base d'un *animus donandi* propre. En effet, le patrimoine trustal constitue un patrimoine autonome, indépendant du patrimoine personnel du *trustee*. Le *trustee* agit dans le cadre défini par le *settlor* dans l'acte constitutif, voire, en cas d'incertitude et sur requête du *trustee*, selon les instructions du juge compétent. Même lorsque le *trustee* est investi de pouvoirs discrétionnaires qui lui confèrent une large marge d'appréciation dans l'exercice de ses tâches de *trustee*, ce dernier n'est pas animé par un *animus donandi* propre, une des conditions *sine qua non* de la donation.

De fait, le *trustee* exécute la volonté du *settlor* telle que contenue dans l'acte constitutif du *trust*^[6]. Dès lors, les distributions en mains de la bénéficiaire et contribuable du *trust* D constituent du revenu imposable au moment de leur distribution effective en mains de la bénéficiaire, sur le fondement de la théorie de l'accroissement du patrimoine.

E. Documentation complète de rigueur

Dans chaque cas particulier, il convient, comme l'a fait, en l'espèce, le représentant de la contribuable ainsi que la Chambre administrative d'analyser tous les documents concernant la structure trustale, ainsi que tous les éléments factuels entourant l'historique et les mécanismes opérationnels de la structure trustale. Le conseiller fiscal est ainsi bien avisé de réunir une documentation complète avant de porter un cas devant les tribunaux fiscaux.

[6] Cfr. ANDREA OPEL, *Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, unter Einbezug des liechtensteinischen Stiftungsrechts*, Bâle 2009, § 8.