

SUPSI

Novità fiscali

L'attualità del diritto tributario svizzero
e internazionale

N° 7-8
luglio – agosto 2018

POLITICA FISCALE

454, non 80, mila coppie sposate penalizzate fiscalmente **320**

DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

Gli aspetti contabili delle distribuzioni dissimulate di utili **322**

DIRITTO TRIBUTARIO ITALIANO

Firmato il Decreto del MEF in materia di Transfer pricing **327**

Tassazione e monitoraggio fiscale delle criptovalute **330**

DIRITTO FINANZIARIO

La revisione della Legge federale sulla protezione dei dati **336**

Obblighi degli intermediari finanziari e intelligenza artificiale **348**

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO TRIBUTARIO SVIZZERO

Prescrizione, distribuzione dissimulata di utile, prestito simulato e principio della trasparenza nel diritto fiscale **357**

Common Trust Fund de droit américain **361**

Common Trust Fund de droit américain

Transaction portant sur des Common Trust Fund de droit américain qualifiant comme documents imposables au sens de la loi fédérale sur les droits de timbre. Quid du droit de timbre de négociation?



Sibilla G. Cretti

Avocat, Dr. iur.,
TEP, LLM Tax, SGC Avocat, Neuchâtel

Arrêt du Tribunal fédéral du 7 mars 2017, 2C_996/2015, publié dans ATF 143 II 350. Avec la constitution par un settlor, résident de Suisse, d'un trust révocable et discrétionnaire et le transfert en bonne et due forme du bien trustal au trustee – in casu, un compte trustal ouvert auprès d'une banque américaine en vue d'un investissement dans un CTF – la propriété du bien trustal et, par la suite, la propriété des biens acquis en remploi, passe du settlor au trustee; demeure réservée, sur le plan fiscal, la réalisation d'un cas d'évasion fiscale. Cette dernière n'est pas réalisée du seul fait de la création par le settlor d'un trust de type révocable; notamment, dans le domaine du droit de timbre de négociation qui impose le transfert à titre onéreux de la propriété de documents imposables selon l'art. 13 al. 2 LT, lorsque l'un des contractants ou des intermédiaires est un commerçant suisse de titres au sens de l'art. 13 al. 3 LT. Dans un cadre trustal, seul le trustee, legal owner erga omnes, est le propriétaire au sens de la LT et, donc, partie contractante au transfert, à titre onéreux, de la propriété de documents imposables tels que CTF; cela vaut aussi en présence d'un trust révocable. Dans la mesure où le trustee est une banque étrangère, le droit de timbre de négociation ne sera pas prélevé à l'occasion d'une transaction portant sur le transfert onéreux de CTF américains, tous autres éléments constitutifs du droit de timbre de négociation étant, pour le surplus, réalisés.

I. Introduction

Aux termes de l'art. 13 al. 1 de la Loi fédérale sur les droits de timbre (LT; RS 641.10) "[l]e droit de négociation a pour objet le transfert à titre onéreux de la propriété des documents indiqués à l'al. 2, si l'un des contractants ou l'un des intermédiaires est un commerçant de titres au sens de l'al. 3".

Lorsque le transfert onéreux de la propriété porte sur des Common Trust Fund (CTF) – documents imposables au sens de la LT – qui entre la banque étrangère – trustee et commerçante de titres – et le settlor – résident de Suisse et qualifiant aussi de commerçant de titres – est redevable du droit de timbre de négociation?

II. État de fait

E, une banque, sise aux États-Unis d'Amérique (USA), a offert dans les années 2000 à des caisses de pension suisses, dont la Caisse de pension A – structurée en la forme d'une fondation de droit suisse – la possibilité d'investir dans des CTF de droit américain.

Il s'agissait – pour la Caisse de pension A – de constituer, comme settlor, un compte trustal, "trust account", révocable et discrétionnaire, auprès de la banque américaine E, agissant comme trustee. Cette dernière se chargeait d'investir le compte trustal dans des CTF représentant un portefeuille diversifié d'actions, obligations et autres titres.

En 2003, la banque américaine E a sollicité auprès de l'Administration fédérale des contributions (AFC) un *ruling* sur le traitement fiscal, au regard du droit de timbre de négociation suisse, des transactions effectuées en sa qualité de trustee et portant sur les CTF.

L'AFC a conclu qu'aucun droit de timbre n'était dû dès lors que la Caisse de pension A n'intervenait pas, *in casu*, comme commerçante de titres.

Par la suite, en 2011, l'AFC a révoqué – dans une décision formelle, sujette à recours – le *ruling* accordé en 2003, avec effet

I. Introduction	361
II. État de fait	361
III. Considérants du Tribunal fédéral	362
IV. Commentaires	363
A. CTF	363
B. Legal title vs. equitable title	363
C. "Propriété" au sens de l'art. 13 LT	363
V. Conclusion	364

rétroactif pour la période du 1^{er} juillet 2007 au 31 décembre 2011.

La Caisse de pension A a fait recours contre cette décision et obtenu gain de cause devant les instances inférieures. Ces dernières ayant conclu que, sur la base du rapport de *trust* liant la Caisse de pension A (*settlor*) à la banque américaine E (*trustee*), ce n'était pas la Caisse qui était la propriétaire formelle des CTF, objet des transactions effectuées pendant la durée de l'investissement.

Saisi d'un recours de l'AFC, le Tribunal fédéral (TF) a confirmé les conclusions des instances précédentes.

III. Considérants du Tribunal fédéral

Le TF retient que l'objet du droit de timbre de négociation est d'imposer le transfert à titre onéreux de la propriété de certains titres (obligations, actions, parts de sociétés commerciales, bons de participation, bons de jouissance, parts de placements collectifs et autres documents similaires), lorsqu'une des parties à la transaction est un commerçant de titres au sens de la LT.

In casu, il s'est agi de savoir qui de la Caisse de pension A ou de la banque américaine E – toutes deux qualifiant comme commerçantes de titres – était propriétaire des CTF durant la période litigieuse; les autres éléments constitutifs en vue de la perception d'un droit de timbre de négociation n'ayant pas été remis en cause par les parties à la procédure.

Pour le TF, relayant le contenu de l'art. 13 al. 1 LT, le droit de timbre de négociation est un impôt sur les transactions juridiques dont l'objet est le transfert onéreux de la propriété de documents imposables lorsque l'un des contractants ou l'un des intermédiaires est un commerçant de titres au sens de la LT.

En raison du caractère formel du droit de timbre, c'est la transaction formelle qu'il convient d'analyser pour conclure à son caractère imposable (toutes autres conditions d'application de la LT étant réunies) et non le résultat économique de cette transaction.

Pour le TF, la notion de propriété – utilisée par la LT à l'art. 13 al. 1 – doit s'entendre comme la propriété au sens étroit du droit civil, sans qu'il y ait place à une notion extensive tenant compte de la réalité économique de la transaction. Sous réserve d'évasion fiscale, non réalisée en l'espèce.

Les CTF étant des produits d'investissement auxquels ont accès les investisseurs au travers d'une structure trustale – création d'un compte trustal auprès de la banque américaine déclarant recevoir en qualité de *trustee* les fonds de l'investisseur – le TF a analysé la structure de *trust* en cause pour établir qui avait qualité de "propriétaire" au sens de la LT et participait dès lors au transfert onéreux de propriété dont les CTF étaient l'objet.

Retenant à titre préliminaire qu'il n'est pas possible de se plaindre d'une mauvaise application du droit étranger dans les contestations de nature pécuniaire (art. 96 let. b LTF *a contrario*), l'examen du TF s'est limité à l'application arbitraire du droit étranger par l'Instance inférieure (dont est recours) selon l'art. 95 let. a LTF.

Le grief d'une application arbitraire du droit étranger n'ayant pas été soulevé par la recourante et, constatant, sur la base du dossier, que la structure trustale, *in casu*, correspondait aux exigences réglementaires du droit américain qui lui est applicable, le TF a conclu que ladite structure doit être reconnue en droit suisse selon l'art. 11 al. 1 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLHT; RS 0.221.371).

Rappelant que la structure trustale se caractérise par une dualité de titularité juridique sur l'actif trustal – *legal title*, en mains du *trustee*, propriétaire formel *erga omnes*, et, *equitable title*, en mains du bénéficiaire (qui peut être le *settlor*) – le TF a conclu que la banque américaine E est devenue propriétaire formelle des actifs transmis par la Caisse de pension A et *settlor*, aux fins d'investissement dans des CTF.

Il en résulte, selon le TF, que seule la banque américaine E, en sa qualité de *trustee* et commerçante de titres, pouvait procéder au négoce CTF et en transférer la propriété à titre onéreux. Comme la banque n'est pas suisse, une des conditions nécessaires à la perception d'un droit de timbre de négociation n'est pas remplie (art. 13 al. 1 et al. 3 LT) et la Caisse de pension A n'est pas redevable du droit de timbre sur les transactions effectuées par la banque américaine.

Pour le TF, la Circulaire 30 de la Conférence suisse des impôts, invoquée par la recourante ainsi que la comptabilisation, par la Caisse de pension A, des CTF comme actifs dans son grand livre, ne conduisent pas à un résultat différent.

Pour le TF, la Circulaire 30 se limite à examiner les incidences fiscales au titre de l'impôt sur le revenu et la fortune de la structure trustale auprès des protagonistes de la structure trustale, résidents fiscaux de Suisse. Si l'impôt sur le revenu et la fortune, basé sur des notions dont le contenu est économique, autorise une analyse de la transaction, potentiellement imposable, au regard de la réalité économique, telle approche est exclue lorsque la norme fiscale fait référence à des notions juridiques définies par le code civil; comme c'est le cas dans le domaine des droits de timbre dont l'objet fiscal est le transfert formel de la propriété (notion juridique définie par le code civil). Dès lors, une argumentation fondée sur la maîtrise économique résultant du caractère révocable et discrétionnaire de la structure trustale et ayant conduit la Caisse de pension A, en sa qualité de *settlor*, à activer dans ses comptes les investissements effectués dans les CTF, est non avenue dans le domaine du droit de timbre de négociation.

La Caisse de pension A, n'étant pas la propriétaire formelle des CTF, ne pouvait les transférer à titre onéreux en vertu du principe "*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*".

L'activation par la Caisse de pension A des CTF dans son grand livre en traduit la maîtrise économique, mais ne dit encore rien sur leur propriété civile.

IV. Commentaires

A. CTF

Les CTF sont des structures d'investissement collectif réunissant plusieurs comptes trustaux, ouverts auprès d'une banque agissant comme *trustee*, en vue d'un investissement en CTF. A l'instar d'une direction de fonds, la banque, en sa qualité de *trustee*, est autorisée à procéder aux investissements et à les gérer sur une base fiduciaire.

A titre individuel, les titulaires de comptes trustaux se voient alloués des unités ou parts représentant leur allocation "proportionnelle" dans les CTF. La valeur d'une part individuelle est égale à la valeur totale du fonds, divisée par le nombre de parts.

La banque et *trustee* conduit une double comptabilité: celle relative au fonds et celle relative à chaque compte individuel.

B. Legal title vs. equitable title

Comme relevé par le TF, la structure trustale induit une double titularité juridique sur l'actif trustal: *legal title*, d'une part, et *equitable title*, d'autre part.

Le *trustee* auquel a été transféré, en bonne et due forme, le/s bien/s représentant le patrimoine trustal est investi du *legal title*. A ce titre, le *trustee* est propriétaire formel des biens trustaux *erga omnes*[1].

Comme le note PEYROT: "le *legal title* du *trustee* le légitime en tant que plein propriétaire à l'égard du monde extérieur et lui confère tous les pouvoirs d'un propriétaire. Le *trustee* détient toutefois cette propriété dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires"[2].

Quant aux bénéficiaires, ils sont investis de l'*equitable title* qui leur confère, selon PEYROT, la pleine jouissance économique des avoirs du trust[3].

Cet "*equitable title*" est assorti de moyens juridiques, tantôt personnels, tantôt réels, visant à en garantir l'effectivité[4]. Pour certains auteurs, cités par PEYROT, les moyens de droit mis à la disposition du bénéficiaire autorisent à qualifier "le droit du bénéficiaire de réel ou quasi réel" sans qu'il faille y voir "un véritable droit in rem au sens civiliste du terme"[5].

Selon PEYROT, la mixité des genres dans les moyens mis à disposition du bénéficiaire rend l'appréhension du droit du bénéficiaire particulièrement complexe, notamment là où le trust à examiner est un trust discrétionnaire.

[1] AUDE PEYROT, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse, Thèse de doctorat, Université de Genève, 2011, p. 24, avec références doctrinales et jurisprudentielles.

[2] PEYROT (note 1), p. 24.

[3] PEYROT (note 1), p. 25.

[4] PEYROT (note 1), p. 25.

[5] PEYROT (note 1), p. 26.

Cela rappelé, les biens du *trust* forment une masse distincte, séparée des biens personnels du *trustee*, cela en fait une caractéristique essentielle, expressément relevée dans la définition que donne la CLHT de la notion de *trust*, à son art. 2.

Comme le note PEYROT[6], la doctrine suisse s'est marginalement penchée sur le concept de patrimoine séparé en s'accordant à le définir comme une masse qui se distingue du patrimoine général par son caractère juridique.

A titre d'illustration, PEYROT cite le cas des fonds de placement contractuels qui reposent sur une structure fiduciaire qui n'est pas sans rappeler la structure CTF de droit américain: "la direction du fonds est la pleine titulaire des valeurs patrimoniales du fonds, mais à titre fiduciaire pour le compte des investisseurs"[7], avec un droit de distraction d'office en faveur des porteurs de parts, en cas de faillite de la direction du fonds, facilité par un régime légal de détention séparée: fortune collective conservée séparément auprès d'une banque dépositaire et direction du fonds contrainte de tenir une comptabilité séparée, et, un régime distinct de responsabilité pour les dettes, qui en font un patrimoine séparé et affecté vu qu'il ne sert qu'au placement des valeurs dans l'intérêt des porteurs de parts.

C. "Propriété" au sens de l'art. 13 LT

Les concepts incorporés à la loi fiscale constituent des concepts de droit fiscal, comme tels ils doivent faire l'objet d'une interprétation autonome. Celle-ci se fonde sur les méthodes générales d'interprétation: littérale, historique, téléologique et systématique, encadrées par les principes constitutionnels réagissant le droit fiscal: le principe de la légalité de l'impôt et celui de l'égalité.

Interprété de manière littérale, le concept de "propriété" tel qu'utilisé à l'art. 13 al. 2 LT renvoie au concept de droit civil de l'art. 641 du Code civil (CC; RS 210). Selon l'art. 641 al. 1 et 2 CC: "[l]e propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi. Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation".

Pour la doctrine dominante citée par STEINAUER: "[l]a notion de propriété confère en principe la maîtrise totale de l'objet [...]"[8].

Transposé dans un contexte trustal, le concept de propriété s'applique, par son contenu de droit civil, au *trustee*, plein propriétaire *erga omnes*.

Le pouvoir de disposer du bien trustal, usuellement en mains du *trustee* – particulièrement là où la relation trustale a été constituée de manière discrétionnaire – présuppose que le *trustee* soit devenu propriétaire suite à un transfert en bonne et due forme des biens, constitués en *trust*.

[6] PEYROT (note 1), p. 39.

[7] PEYROT (note 1), pp. 46, 48.

[8] PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, 4^{ème} éd., Berne 2012, note 1005.

Le fait que la relation trustale soit révocable, c'est-à-dire que le constituant se soit réservé la faculté de la révoquer (*power of revocation*), n'invalide pas la relation trustale. Celle-ci est seulement assortie d'une condition résolutoire, celle de l'exercice par le *settlor*, de son pouvoir de révocation[9].

En constituant un compte trustal, le constituant ou *settlor* transfère les fonds au *trustee*, qui peut en disposer et, notamment, les investir dans des CTF, ces derniers constituent (par voie de emploi) les biens du *trust* dont peut disposer le *trustee*.

Certes, est déterminant le contenu de la relation trustale définie par le *settlor*. En l'espèce, les faits de l'arrêt du TF ne révèlent rien de plus si ce n'est que le compte trustal a été créé, à titre révocable et discrétionnaire, par la Caisse de pension A, agissant comme *settlor*.

En établissant une relation trustale discrétionnaire, le *settlor* a conféré un droit de propriété absolu au *trustee* sur les biens du *trust* dûment transférés au *trustee*, pendant toute la durée de la relation trustale. Il s'en suit, et cela a été relevé à juste titre par le TF, que seul le *trustee*, soit la banque américaine, pouvait disposer des CTF.

La LT, à son art. 13 al. 1, fait du transfert de propriété de documents imposables un des éléments constitutifs en vue du prélèvement du droit de timbre de négociation.

Comme l'a rappelé le TF dans ses considérants introductifs, seules les opérations qui impliquent un transfert de propriété de documents imposables selon l'art. 13 al. 2 LT, sont imposables selon la LT. Citant un arrêt du 5 novembre 1965[10], LURÀ note: "l'opération qui fait naître l'obligation fiscale consiste à conclure un acte juridique tendant au transfert de propriété". C'est le caractère formaliste du droit de timbre qui rattache l'élément déclenchant le droit de timbre au transfert de la propriété juridique des documents imposables[11].

De même, MEYER, retient: "[s]teuerbar ist [...] das auf Eigentumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäft. [...] Ob ein solches Geschäft vorliegt, beurteilt sich, mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift, nach dem Zivilrecht (Stockar/Hochreutener, Art. 13 Abs.1 und 2, N 1). Entsprechend sind die Steuerbehörden nicht verpflichtet, bei der Besteuerung auf den wirtschaftlichen Gehalt einer vorgenommenen Rechtsgestaltung abzustellen. Vielmehr hat sich der Steuerpflichtige nach ständiger Praxis bei der von ihm vorgenommenen formellen Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen behaften zu lassen [...]"[12].

L'activation des CTF par la Caisse de pension A – dont on peut discuter si elle est adéquate – fait naître la présomption,

certes réfragable mais erronée, que la Caisse de pension a gardé la maîtrise et le droit de disposer des CTF.

V. Conclusion

Avec cet arrêt, le TF admet la validité formelle et matérielle du *trust* révocable.

Enoncés dans le domaine des droits de timbre, les considérants du TF devraient aussi avoir des incidences dans le domaine des impôts directs sur le revenu et la fortune.

Valablement constitué avec le transfert, en bonne et due forme, des actifs du *trust* en mains du *trustee*, le *trust* révocable a pour effet que les actifs quittent la sphère patrimoniale du *settlor*. L'acte simulé demeurant réservé.

Hors acte simulé, la constitution d'un *trust* révocable, fixe ou discrétionnaire, par un résident fiscal de Suisse aurait pour conséquence: "le prélèvement de l'impôt de donation, au moment de la constitution du *trust*, au taux déterminé par le lien de parenté entre constituant et *trustee* ou bénéficiaire ou bien au taux déterminé par le lien de parenté entre constituant et *trustee* ou bénéficiaire et la valeur nette imposable des actifs constitués en *trust*"[13].

Un réexamen de la Circulaire 30 sur ce point spécifique serait bienvenue.

[9] SIBILLA G. CRETTI, *Le trust, Aspects fiscaux*, Bâle 2007, notes 282-283.

[10] Publié dans la RDAF 1967, p. 157 ss., consid. 3.

[11] FILIPPO LURÀ, in: Xavier Oberson/Pascal Hinny (Edit.), *LT Commentaire droits de timbre/StG Kommentar Stempelabgaben*, note 42 ad Art. 13 LT.

[12] VICTOR MEYER, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Edit.), *Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht*, Bâle 2006, note 2 ad Art. 13 LT.

[13] CRETTI (note 9), notes 282-283.