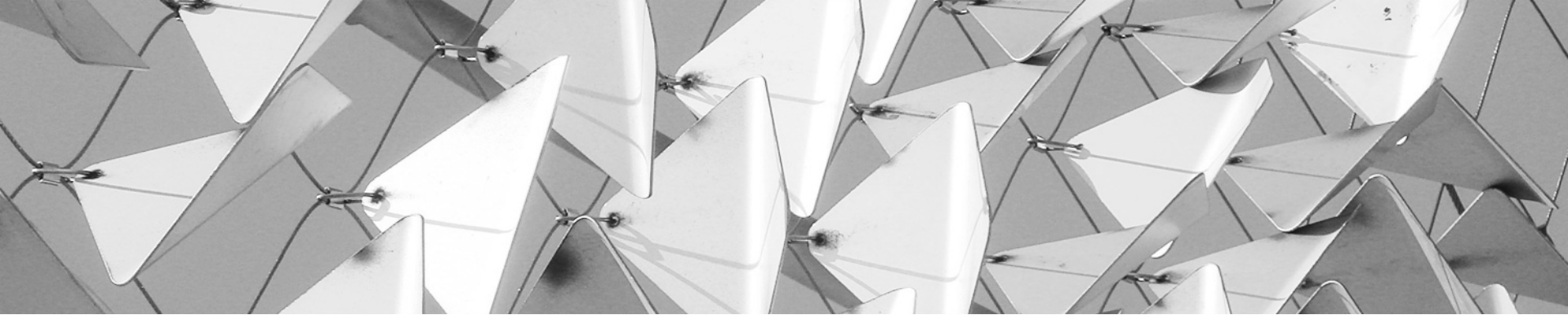


VERS L'ADOPTION D'UN TRUST EN DROIT SUISSE ?



En date du 12 janvier 2022, le Conseil fédéral a mis en consultation un Avant-projet de loi visant à établir un trust de droit suisse. Le Conseil fédéral propose d'introduire un nouveau titre vingt deuxième bis intitulé Du trust, dans le code des obligations, et d'aménager les autres lois fédérales, notamment, les lois fiscales, susceptibles d'être impactées par l'instrument du trust suisse sans toutefois proposer simultanément un aménagement de la fondation de famille de droit suisse.

Lien pour le Rapport explicatif : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-86746.html>

Lien pour l'Avant-projet : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-86746.html>

L'Avant-projet ouvert à consultation jusqu'au 30 avril 2022, propose d'introduire dans le droit suisse le trust exprès, privé ou commercial, en excluant les trusts créés par la loi ainsi que le « purpose trust ».

Le texte proposé s'inspire largement de la proposition de « fiducie renouvelée », présentée par le professeur Luc Thévenoz dans un rapport, présenté le 30 juin 2000, à l'Office fédéral de la Justice, intitulé « Adhésion de la Suisse à la Convention relative à la loi applicable au trust et à ses effets et codification de la fiducie ».

Entretemps, la Suisse a ratifié, en 2007, la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1er juillet 2004 (ci-après « la Convention de la Haye ») et complété la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP) par des dispositions spécifiques consacrées au trust de droit étranger (art 149a-149e LDIP).

On retrouve dans l'Avant-projet la définition du trust telle qu'établie par la Convention de la Haye, ce qui fait du trust suisse un instrument compatible à sa reconnaissance sur le plan international. L'Avant-projet intègre aussi les développements doctrinaux et jurisprudentiels intervenus avant et depuis l'adhésion par la Suisse à la Convention de la Haye.

Le trust suisse, selon Avant-projet, pourra être constitué pour une durée limitée à 100 ans depuis sa création. L'instrument du trust exigera aussi de ses acteurs de se conformer aux derniers développements en matière de normes de lutte contre le blanchiment d'argent et de lutte contre le terrorisme ainsi qu'aux normes de transparence fiscale auxquelles la Suisse a adhéré.

En notre qualité de praticienne et auteure d'une thèse de doctorat sur « Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale », Université de Neuchâtel, novembre 2000, publiée dans la Collection neuchâteloise des éditions Helbing & Lichtenhahn (ci-après « thèse de doctorat ») et, dans la même veine, de l'ouvrage, intitulé « Le trust, aspects fiscaux », publié chez Helbing & Lichtenhahn, en 2007, nous avons parcouru le Rapport explicatif et l'Avant-projet.

Nous saluons l'intégration du trust dans un titre vingt deuxième bis du code des obligations au travers d'une « fiducie renouvelée », compatible avec les acquis et les derniers développements doctrinaux, législatifs et jurisprudentiels qui ont suivi l'adhésion à la Convention de la Haye par la Suisse.

Nous regrettons, en revanche, vivement que le groupe d'experts n'ait pas saisi l'occasion de ses travaux pour proposer une modification correspondante dans le droit suisse des fondations, notamment, par le biais d'une « revisite » de la fondation de famille avec un élargissement de son but vers une fondation dite d'entretien et une levée de la prohibition

des fidécumms de famille tempérée, s'il le fallait, par l'adoption simultanée d'une limite de durée, applicable aux fondations dites d'entretien, à l'instar de la réglementation des 100 ans adoptée pour le trust.

Une « revisite » de la fondation de famille vers l'adoption de la fondation dite d'entretien, élaborée de concert avec l'adoption d'un nouveau titre vingt deuxième bis code des obligations, eût permis d'établir une certaine adéquation entre la structure trustale, notamment le trust irrévocable et discrétionnaire, et le traitement fiscal de ce dernier.

Mis en place en la forme qualifiée d'un acte authentique, constitutif de la personnalité juridique, établi du vivant du constituant ou par acte à cause de mort, et suivi d'une inscription au registre du commerce de nature déclarative, le trust irrévocable et discrétionnaire entrerait dans la catégorie patrimoine organisé ou fondation d'entretien sui generis, doté de la personnalité juridique et réglementé par les dispositions du titre vingt deuxième bis du code des obligations.

En classant le trust irrévocable et discrétionnaire de droit suisse, dans la catégorie patrimoine organisé ou fondation d'entretien sui generis, le trust irrévocable et discrétionnaire, sujet fiscal autonome à l'instar de la fondation d'entretien, pourrait être appréhendé comme tel, fiscalement, demeurent réservés les cas d'évasion fiscale. La résidence en Suisse du constituant, au moment de la constitution du trust, intervivos

ou mortis causae, voire le domicile fiscal en Suisse du single trustee ou de la majorité des trustees pourrait établir le rattachement fiscal à la Suisse, justifiant l'imposition en Suisse du trust irrévocable et discrétionnaire sans que les experts doivent se perdre dans des méandres intellectuels, incompréhensibles et indigestes pour le public « laïc » voire professionnel.

A cet égard nous nous permettons de renvoyer aux suggestions faites dans ma thèse de doctorat, chiffre IV. 4.4, il y a 20 ans, et reprises dans l'ouvrage susmentionné de 2007, sous chapitre 4, §5 : « Le trust, un patrimoine organisé comme sujet fiscal ? ». Nous nous permettons aussi de renvoyer à notre contribution dans IFF Forum für Steuerrecht 2004, p.135ss. « Fiscalisation du trust, regard sur le droit suisse et sur certaines législations fiscales étrangères ».

Une approche législative combinée : nouveau titre vingt deuxième bis du code des obligations : « du trust » et fondation de famille revisitée nous paraissent un préalable indispensable à l'introduction du trust dans le droit suisse. A défaut, le risque est grand de créer une institution juridique hors sol, sans antécédents historiques et jurisprudentiels, très peu compatible avec la pratique. Il serait alors plus opportun de continuer « comme jusqu'ici » et procéder uniquement à une visite du droit des fondations de famille vers une ouverture sur les fondations d'entretien sans qu'il soit nécessaire d'introduire le trust en droit suisse, sa reconnaissance comme institution juridique de droit étranger, valablement établie, étant largement admise de nos jours.