

LE TEMPS

L'invitée Vendredi 16 septembre 2011

L'assistance administrative et les trusts

Par Soizic Mendes de Leon*

Après avoir décidé ce printemps que les bénéficiaires d'un trust irrévocable discrétionnaire n'avaient pas la qualité d'ayants droit économiques, le Tribunal administratif fédéral (TAF) s'est penché, dans une décision rendue le 28 juin 2011, sur le cas de bénéficiaires d'un trust révocable constitué par un résident suisse et dont les bénéficiaires sont des contribuables américains. Par Soizic Mendes de Leon, Rhone Trust and Fiduciary Services SA

*Avocate,
experte fiscale diplômée,

Rhone Trust
and Fiduciary
Services SA

Après avoir décidé ce printemps que les bénéficiaires d'un trust irrévocable discrétionnaire n'avaient pas la qualité d'ayants droit économiques, le Tribunal administratif fédéral (TAF) s'est penché, dans une décision rendue le 28 juin 2011, sur le cas de bénéficiaires d'un trust révocable constitué par un résident suisse et dont les bénéficiaires sont des contribuables américains.

Dans le cadre de l'affaire UBS, le TAF a été amené à se prononcer sur le bien-fondé de nombreuses demandes d'assistance administrative en matière fiscale formulées par le fisc américain. Pour mémoire, l'accord conclu dans l'affaire UBS pose les conditions à remplir pour que la Suisse donne suite à une demande d'échange d'information adressée par les Etats-Unis. La demande doit viser un contribuable résident ou citoyen américain, qui a commis une fraude ou un délit semblable au sens de la Convention de double imposition en vigueur entre la Suisse et les Etats-Unis.

Selon l'accord UBS, un contribuable américain est susceptible d'avoir commis une fraude fiscale s'il détient un compte à son nom ou s'il est l'ayant droit économique d'un compte dont une société offshore est titulaire sans l'avoir annoncé. Le but est d'éviter qu'une personne ayant intercalé une société écran entre son compte et elle échappe à son obligation de déclarer au fisc américain les revenus générés par son compte. La notion de société offshore couvre toutes les formes de sociétés qui ne sont pas reconnues en droit des sociétés ou en droit fiscal suisse ou américain comme des sujets autonomes. Ainsi, les fondations et les trusts de droit étranger peuvent être considérés comme des sociétés offshore, ces entités étant en mesure de détenir des biens et d'entretenir une relation de client durable avec une banque.

Pour interpréter la notion d'ayants droit économiques, le TAF se réfère au concept de «beneficial owner» du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, selon lequel la réalité économique doit être prise en compte aux dépens de la forme juridique choisie par le contribuable («substance over form»). Sur cette base, le contribuable américain qui peut disposer des avoirs déposés sur un compte bancaire

ouvert auprès d'UBS et détenu par une société offshore n'est pas réputé s'être séparé, économiquement, de ces avoirs et des revenus y relatifs. Il peut ainsi être considéré comme en étant l'ayant droit économique. La société offshore doit alors être traitée en transparence.

Tous les éléments du cas particulier doivent être pris en considération pour déterminer si et dans quelle mesure le contribuable a le pouvoir de disposer économiquement et donc le contrôle des avoirs déposés sur le compte ainsi que de leurs revenus. Le TAF rappelle ainsi que c'est l'ensemble des faits qui sont déterminants et non pas l'apparence formelle, notamment celle donnée par des documents bancaires (formulaires A ou T) ou par la structure mise en place.

Le dossier jugé en juin 2011 par le TAF concerne une demande de renseignements émanant du fisc américain visant des comptes dont des sociétés offshore étaient titulaires. Ces sociétés étaient elles-mêmes détenues par deux trusts révocables dont le settlor était un résident suisse et les bénéficiaires des contribuables américains.

Comme l'a relevé le TAF, les bénéficiaires d'un trust révocable n'ont aucun droit ferme de requérir du trustee le paiement de revenus ou d'une part du capital du trust. En effet, le settlor d'un trust révocable ne s'est pas dessaisi économiquement des biens transférés au trustee. Comme il conserve le pouvoir de révoquer le trust, il garde la maîtrise des biens placés dans ce dernier. Les bénéficiaires ne disposent donc, à aucun moment, d'un droit d'administrer ou de disposer des biens du trust.

Dans le cas d'espèce, les bénéficiaires du trust n'étaient pas investis du pouvoir de disposer économiquement des avoirs déposés sur les comptes ouverts auprès d'UBS SA, ni des revenus en provenant. De son vivant, le settlor, résident suisse, était le bénéficiaire économique des valeurs patrimoniales litigieuses, qui étaient d'ailleurs soumises aux impôts en Suisse. Le TAF a en conséquence considéré que les bénéficiaires des trusts n'étaient pas les ayants droit économiques des comptes détenus par le biais des sociétés offshore. Le TAF a ainsi refusé d'accorder l'assistance administrative et a admis le recours des bénéficiaires des trusts concernés.

Cette décision, comme celle du 23 mars 2011, démontre que le TAF reste fidèle à son rôle de garant du droit en freinant le zèle dont l'Administration fédérale des contributions fait preuve en matière d'assistance administrative en cette époque incertaine pour la place financière suisse. Il faut en particulier saluer le fait que le TAF pose l'exigence de prendre en compte la nature du trust concerné et le fait que le settlor se soit définitivement dessaisi du patrimoine mis en trust ou non ainsi que les pouvoirs qu'il a conservés de son vivant. Le TAF se réfère aux principes énoncés dans la circulaire n° 30 du 22 août 2007 publiée par la Conférence suisse des impôts et reprise par l'AFC concernant l'imposition des trusts et permet ainsi de conserver une certaine cohérence quant au traitement fiscal des trusts en Suisse. Le message véhiculé par les juges fédéraux peut sans aucun doute être qualifié de rassurant pour la sécurité du droit en Suisse et ses praticiens.

LE TEMPS © 2011 Le Temps SA