

LE TEMPS

L'invité Vendredi 10 juin 2011

Les bénéficiaires de trusts face à l'entraide administrative

Par Sibilla G. Cretti*

Entraide administrative : les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire n'ont pas qualité d'ayants droit économiques (arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2011, A-6903/2010), c'est l'ensemble des faits du cas particulier qui sont déterminants

*Dr en droit, avocate, TEP, SGC Avocat, Neuchâtel

Entraide administrative: les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire n'ont pas qualité d'ayants droit économiques (arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2011, A-6903/2010), c'est l'ensemble des faits du cas particulier qui sont déterminants. L'arrêt examine le bien-fondé d'une demande d'entraide administrative présentée par l'Internal Revenue Service américain (IRS) concernant des contribuables américains, clients d'UBS SA, ayant eu un droit de signature ou un autre droit de disposer de comptes bancaires auprès de la banque suisse ou de l'une de ses filiales/succursales en Suisse durant la période du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2008.

Divers accords et protocoles sont intervenus entre la Confédération suisse et les Etats-Unis en 2009 et 2010. Ces accords et protocoles fixent les critères (abstraits) pour identifier les contribuables (clients américains d'UBS SA) concernés par une demande d'entraide administrative des Etats-Unis. Les dits critères sont cumulatifs, si l'un des critères n'est, in casu, pas réalisé, l'entraide administrative sera refusée. L'un des critères réside dans la qualité d'ayant droit économique («beneficial owner») du compte et/ou dépôt bancaire. Le but de ce critère d'identification permet d'assurer que «les informations bancaires d'une «US person» (contribuable américain) puissent être transmises aux autorités fiscales américaines lorsque cette personne avait intercalé une entité afin d'échapper à son obligation de déclarer la fortune se trouvant sur le compte/dépôt bancaire détenu par la société et les revenus en provenant». En effet, et en vertu du principe que le fond doit l'emporter sur la forme («substance over form»), la société ou l'entité intercalée doit être ignorée et être traitée en transparence lorsque la «US person» concernée est investie du pouvoir de disposer des avoirs déposés auprès de la banque suisse respectivement des revenus en découlant.

En l'espèce, notre Haute Cour a examiné la question de savoir si les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire pouvaient/devaient avoir qualité d'ayants droit économiques au sens des accords et protocoles susmentionnés.

Retenant que le terme d'ayant droit économique doit être interprété de manière autonome, le Tribunal administratif fédéral (TAF) s'est néanmoins laissé guider dans son appréciation par la jurisprudence et la doctrine fiscales.

En matière fiscale, ce qui est déterminant, c'est l'étendue du pouvoir de disposer de la fortune et des revenus en découlant. Lorsque l'entité interposée est un trust, il s'agit d'abord d'examiner si le trust a été valablement constitué. «Le propriétaire légal» des biens affectés au trust est le trustee. Les

bénéficiaires du trust deviennent «les propriétaires équitables» du patrimoine trustal. Si le trust est discrétionnaire, les bénéficiaires acquièrent leur «propriété équitable» une fois que le trustee a exercé son pouvoir de discrétion.

En l'espèce, les recourants et bénéficiaires d'un trust discrétionnaire ont pu démontrer à satisfaction de droit que le trustee du trust discrétionnaire, établi de manière irrévocable, disposait de larges pouvoirs, en particulier d'une pleine et entière discrétion s'agissant des distributions de revenus et capital aux bénéficiaires du trust. Aucun pouvoir d'administration des biens n'avait été réservé en faveur des bénéficiaires, ni aucun droit de signature.

En conséquence, les bénéficiaires du trust discrétionnaire valablement constitué n'étaient pas investis du pouvoir de disposer économiquement des avoirs déposés sur le compte bancaire d'UBS incriminé. Ils n'avaient pas de contrôle sur ces avoirs. Comme le rappelle le TAF, les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire n'ont pas de droit absolu sur le patrimoine trustal, ni de créance en attribution des biens du trust, vis-à-vis du trustee. Dès lors, les bénéficiaires ne disposaient, en l'espèce, pas de la fortune et des revenus provenant du patrimoine trustal et ne pouvaient, en conséquence, pas avoir qualité d'ayants droit économiques.

Sur la base de ces constatations, le TAF a refusé l'entraide administrative et a admis le recours des bénéficiaires du trust discrétionnaire. Cet arrêt du TF est le bienvenu. Il établit de manière claire que les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire n'ont, en principe, qu'une expectative vis-à-vis des biens du trust, dès lors, ils ne sauraient être considérés comme les ayants droit économiques du patrimoine trustal.

Toutefois, c'est l'ensemble des faits qui sont déterminants et non l'apparence formelle, fut-elle établie par des documents d'identification bancaires (formulaire A, respectivement formulaire T). Ce dernier point est important, il découle aussi du principe «substance over form» cité plus haut et, a contrario, cela signifie que l'autorité judiciaire examinera, dans chaque cas particulier, les pouvoirs retenus par chacun des acteurs de la structure trustale: constituant (settlor), trustee et/ou bénéficiaire, sans s'arrêter à la structure formelle. En d'autres termes, même en présence d'un trust discrétionnaire, on ne peut a priori exclure que le constituant voire le/les bénéficiaires n'ont pas qualité d'ayants droit économiques. Ce n'est que si tous les éléments de fait (documents et pouvoirs effectivement exercés) concourent à démontrer qu'en l'espèce, seul le/s trustee/s ont un pouvoir de contrôle et un pouvoir de discrétion sans réserve sur le capital trustal et les revenus en découlant qu'il conviendra de conclure que les bénéficiaires n'ont pas qualité d'ayants droit économiques.

LE TEMPS © 2011 Le Temps SA