



## TRAITEMENT FISCAL DU TRUST EN DROIT SUISSE

Thierry De Mitri, expert fiscal diplômé, Associé de De Mitri Conseils SA, Lausanne et Genève

### UNE CIRCULAIRE ADMINISTRATIVE A ÉTÉ PUBLIÉE

Le Parlement suisse a approuvé en décembre 2006 la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. La Convention de La Haye est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007. Ce faisant, la reconnaissance du trust s'en trouve considérablement renforcé sous l'angle du droit international privé suisse.

Contrairement à certains Etats, la Suisse n'a pas introduit le trust dans son ordre juridique de sorte que le trust n'existe toujours pas en droit interne suisse. En l'état, le trust demeure encore un véhicule patrimonial relevant du droit étranger. Toutefois, lorsque le trust a été valablement constitué selon une législation étrangère, il sera en principe reconnu en droit suisse pour autant qu'il ne contrevient pas à une disposition impérative du droit suisse.

Pour l'essentiel, la Convention de La Haye permet d'introduire en Suisse une définition légale du trust qui est désormais déterminante. On ne peut plus opérer des comparaisons ou des applications par analogie avec d'autres structures juridiques telles que la fondation ou la fiducie. Par ailleurs, selon la Convention de La Haye, le trust est régi en principe par la loi choisie par le constituant.

Nous n'aborderons pas dans la présente contribution les questions juridiques – fondamentales au demeurant – sur la compatibilité du trust avec des institutions juridiques comme la réserve héréditaire ou l'interdiction – bien connue des praticiens suisses – des fidécimmis de famille.

On se concentrera ici sur la problématique fiscale.

En effet, la reconnaissance juridique laisse encore ouverte la question du traitement fiscal, puisque la Convention de La Haye prévoit spécifiquement qu'elle « *ne porte pas atteinte à la compétence fiscale des Etats* ». Or cet aspect est tout aussi fondamental. En raison des disparités des pratiques cantonales générées par le système fédéral de la Suisse et de la reconnaissance du trust introduite par la Convention de La Haye, les diverses administrations fiscales cantonales (26 cantons) ont décidé d'édicter une circulaire administrative le 27 août 2007 (mais rendue publique qu'en octobre 2007) visant à clarifier la situation.

Cette publication a été effectuée sous l'égide de l'institution faîtière des administrations fiscales cantonales appelée la Conférence Suisses des Impôts (CSI).

Cette circulaire (circulaire CSI) apporte quelques éclaircissements bienvenus, mais suscite déjà la controverse parmi les praticiens s'agissant de certains aspects. On brosera dans la présente contribution les contours de la circulaire CSI. Pour ce faire, on partira du principe que les notions fondamentales du trust sont déjà connues du lecteur.

## II. Le traitement fiscal du trust en droit suisse

Nous savons que les rapports du trust mettent en jeu un certain nombre d'acteurs (le « settlor », le « protector », le « trustee » ou le « beneficiary ») dont l'un et/ou l'autre peuvent être résidents en Suisse. D'emblée, il se pose la question de savoir quelles sont les obligations fiscales éventuelles qui pourraient découler d'un rattachement avec la Suisse. On examinera donc le traitement fiscal auprès de chacun de ces protagonistes.

### 1. Le traitement fiscal du trust

Il est acquis que le trust ne peut pas être érigé au rang de contribuable en droit fiscal suisse, aucune base légale ne le permettant. Il s'agit d'un véhicule transparent sans personnalité juridique. De ce fait, il ne peut pas être un sujet fiscal. La circulaire de la CSI confirme ce point de vue en mettant fin à une controverse, certains cantons (Zurich) souhaitant assimiler le trust à une fondation (qui a une personnalité juridique). Dans l'ensemble, cette approche de la CSI mérite d'être approuvée.

### 2. Le trustee et le protector

Même si le trustee réside en Suisse, les revenus et la fortune du trust ne peuvent pas être attribués fiscalement au trustee. Cette solution s'impose en vertu du principe de la capacité contributive. En effet, le trustee n'a pas la libre disposition juridique et économique des rendements et des avoirs du trust.

Cette solution consacrée par la circulaire CSI permet de rassurer la place financière helvétique pour laquelle l'activité de trustee devient de plus en plus importante. Une imposition des revenus et de la fortune du trust dans le chef du trustee – outre l'absence de base légale – aurait été catastrophique. Par ailleurs, le critère de rattachement personnel fondé sur l'administration effective n'est évidemment pas applicable.

Les considérations qui précèdent valent également pour le protector résident de Suisse qui n'a pas davantage de droits qu'un trustee. En revanche, les honoraires et autres rémunérations perçus par le trustee ou le protector sont bien évidemment imposables en Suisse.

### 3. Le settlor

Le traitement fiscal du settlor – qui réside en Suisse – dépend d'abord de la question de savoir si le trust est révocable ou irrévocable.

En présence d'un trust révocable, le settlor demeure imposable sur les revenus et la fortune du trust qui est en fait considéré comme transparent. On admet que les revenus et la fortune ne sortent pas véritablement du patrimoine du settlor. C'est pourquoi il se justifie – selon la circulaire CSI – de maintenir l'imposition de ces éléments auprès du settlor faute de véritable dessaisissement. Il en va de même si le settlor constitue un trust révocable peu avant son arrivée

en Suisse. Cela signifie dès lors que chaque distribution trustale doit s'analyser comme une donation du settlor au bénéficiaire.

Si le trust est irrévocable, on considère généralement que le transfert des biens au trust constitue une donation ou une succession si le transfert a lieu *mortis causa*. Ainsi, suivant les règles du droit fiscal cantonal applicable, un impôt sur les donations ou sur les successions peut être dû. Toutefois, la circulaire CSI est plus exigeante encore, car un dessaisissement ne sera reconnu fiscalement que lorsque un autre sujet de droit est effectivement enrichi. Or tel ne peut être le cas qu'en présence d'un *fixed interest trust*. En effet, dans cette dernière hypothèse, le bénéficiaire acquiert une véritable prétention à l'encontre du trust. En revanche, si le settlor constitue un trust irrévocable et discrétionnaire, les revenus et la fortune ne peuvent pas être attribués juridiquement aux bénéficiaires qui n'ont qu'un droit d'expectative. C'est la raison pour laquelle la circulaire CSI préconise que les rendements et les avoirs doivent être attribués au settlor, sauf si ce dernier est au bénéfice d'un impôt à forfait. Cette approche restrictive ne s'applique en revanche pas si le settlor a constitué un trust irrévocable et discrétionnaire avant sa prise de domicile en Suisse.

La position défendue dans la circulaire CSI est extrêmement critiquable. Outre le fait qu'elle heurte les principes juridiques du trust, elle contrevient également à des principes fondamentaux du droit fiscal suisse tel que le principe d'une imposition selon la capacité contributive ou de l'égalité de traitement en matière fiscale.

#### 4. Les bénéficiaires

Lorsque les bénéficiaires sont domiciliés en Suisse, le traitement fiscal des attributions trustales dépend de la question de savoir si on a affaire à un *fixed interest trust* ou un trust discrétionnaire.

En présence d'un *fixed interest trust*, la circulaire CSI constate que le cercle des bénéficiaires ainsi que l'importance et le moment des distributions aux bénéficiaires sont déterminés en principe à l'avance. Dès lors, la position de ces derniers s'apparente à celle d'un usufruitier. Sous l'angle fiscal, il convient de définir ce que représente la distribution trustale. S'il s'agit d'une distribution de revenus, celle-ci est imposable dans le chef du bénéficiaire résident de Suisse. En revanche, si la distribution est composée de gains en capital (qui n'est pas imposable en droit fiscal suisse si elle provient de la fortune privée) ou représente un remboursement de capital, le bénéficiaire est exempté d'impôt sur la distribution. A noter que les avoirs du trust entrent dans la fortune imposable du bénéficiaire dans la mesure qu'un usufruitier.

S'agissant d'un trust discrétionnaire, la circulaire CSI prévoit que la fortune du trust et ses rendements ne peuvent pas être attribués ni au settlor ni au bénéficiaire pour autant que le trust ait été constitué par un non résident de Suisse ou un résident au bénéfice d'un forfait fiscal. Les distributions trustales – tant de revenus que de gains en capital – sont imposables chez le bénéficiaire résident de Suisse à moins que ce dernier ne démontre que la distribution provient du capital initial du trust. L'inclusion des gains en capital dans l'assiette de l'impôt du bénéficiaire en cas de distribution est fortement controversée. En effet, cela laisserait sous-entendre que le trust aurait pour effet de modifier la source de revenu, ce qui paraît fort contestable pour un véhicule transparent. Autrement dit, la pratique des autorités fiscales attribue au trust un effet convertisseur du gain en capital en revenu imposable, ce qui est pour le moins surprenant.

Au surplus, on a vu plus haut que si le settlor était domicilié en Suisse au moment de la constitution du trust, ce dernier n'est pas reconnu par les autorités fiscales cantonales (soit considéré comme un trust révocable). Cela signifie que les avoirs et les rendements du trust demeurent fiscalement attribués au settlor.

### **III. Conclusion**

La circulaire CSI a pour vocation de combler un vide juridique en l'absence de toute légale dans la loi fiscale suisse réglant le traitement fiscal du trust et de ses protagonistes lorsque des points de rattachement existent avec la Suisse. Sous cet angle-là, la mission est réussie. Elle permet d'évacuer toute problématique fiscale liée au trustee ou au protector. Elle régleme judicieusement les cas du fixed interest trust.

En revanche, elle suscite la controverse s'agissant du traitement fiscal du bénéficiaire d'un trust irrévocable et discrétionnaire. Outre le fait que la circulaire CSI fait dépendre la reconnaissance fiscale de la question de savoir si le trust a été constitué alors que le settlor était résident à l'étranger (ou imposé à forfait), elle attribue un effet convertisseur du gain en capital en revenu difficilement compatible avec les principes généraux de la fiscalité. Nul doute que ce dernier aspect fera couler encore beaucoup d'encre.

**Thierry De Mitri, expert fiscal diplômé, Associé de De Mitri Conseils SA, Lausanne et Genève**