

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**Les relations de trust et
la fiscalité suisse nationale
et internationale**

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir
le grade de docteur en droit

par

Sibilla Giselda Cretti

HELBING & LICHTENHAHN
Bâle · Genève · Munich
2001

Madame Sibilla Cretti est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:

«Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 22 novembre 2000

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Pierre Wessner

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Cretti, Sibilla Giselda:

Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale / Sibilla Giselda

Cretti. - Bâle ; Genève ; Munich : Helbing et Lichtenhahn, 2001

(Collection Neuchâteloise)

Zugl.: Neuchâtel, Univ., Diss.

ISBN 3-7190-1988-8

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1988-8

© 2001 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

REMERCIEMENTS

Mes remerciements chaleureux vont à Monsieur le professeur François Knoepfler, en sa qualité de directeur de thèse, pour sa générosité intellectuelle et son ouverture d'esprit et pour la liberté qu'il m'a accordée dans la rédaction de la présente thèse. Je remercie également Messieurs les professeurs Jean-Marc Rivier et Carlo Augusto Cannata pour avoir accepté de fonctionner comme professeurs rapporteurs.

Mes remerciements vont aussi à Monsieur le professeur Hubert Hamaekers et à son équipe qui m'ont généreusement ouvert les portes du Bureau International de Documentation Fiscale à Amsterdam.

Je remercie aussi les autorités fiscales cantonales qui ont accepté de faire part de leur pratique s'agissant de l'imposition des intervenants dans les relations trustales.

Mes remerciements cordiaux vont à Madame Trang Bui qui, parallèlement à ses études en sciences économiques à l'Université de Neuchâtel, a dactylographié et mis en forme le manuscrit de la thèse, à Monsieur François-Xavier Meyer de FXM Traduction Sàrl, Cormondrèche, qui a relu la thèse de manière compétente et critique, et à sa collaboratrice, Madame Christine Wenger qui a donné au texte ses dernières touches dactylographiques et de mise en page.

Ma gratitude va aussi à toutes celles et à tous ceux qui, au cours de ces trois dernières années, m'ont confortée dans mon projet par leur témoignage d'amitié, je les remercie cordialement.

Toute ma reconnaissance va à mes parents qui, avec mes sœurs Marina et Candida, m'ont toujours encouragée dans mon entreprise et accordé, sans réserve, leur soutien. C'est avec gratitude que je leur dédie le présent travail.

Berne, novembre 2000

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	V
Table des matières	VII
Abréviations	XIII
Bibliographie	XVII

Introduction	1
---------------------	---

I. La notion de trust	7
1.1 Définition	7
1.2 Origine du trust – l'Equity, «Legal and equitable estates and interests»	9
1.2.1 L'origine du trust, «estates and interests», le «use»	9
1.2.2 L'Equity – «legal and equitable estates and interests»	13
1.3 Variétés ou espèces de trust	15
1.3.1 Express trust – Implied trust	16
1.3.2 Testamentary trust – Living trust	17
1.3.3 Revocable trust – Irrevocable trust	17
1.3.4 Fixed interest trust – Discretionary trust	17
1.3.4.1 Fixed interest trust	17
1.3.4.2 Discretionary trust	19
1.3.5 Private express trust	23
1.4 Rules against perpetuities, rules against accumulations	23
1.4.1 Rules against perpetuities	24
1.4.2 Rules against accumulations	24
1.5 Les intervenants dans la structure trustale	25
1.5.1 Le constituant ou settlor	26
1.5.2 Le trustee	27
1.5.3 Le bénéficiaire ou beneficiary	29
1.6 Modification et fin du trust	30
1.6.1 Modification du trust	30
1.6.2 Fin du trust	31

II. Nécessité d'une réception du trust en droit suisse?	33
2.1 Réception du trust en droit suisse	33
2.1.1 Le régime actuel de la fiducie	34
2.1.2 La notion de propriété retenue par le droit civil suisse: une et indivisible, caractérisée par le principe du <i>numerus clausus</i> des droits réels et le principe de la publicité	36
2.1.3 Le principe de la relativité des contrats	39
2.1.4 Le principe de la révocabilité du mandat	41
2.1.5 Les limites à la liberté de disposer à cause de mort imposées par le code civil suisse: la réserve héréditaire, l'interdiction des substitutions fidéicommissaires successives, et la fondation d'entretien	42
2.1.6 Le caractère institutionnel du trust et le rôle du juge	50
2.1.7 Conclusion intermédiaire	51
2.2 L'approche comparative ou fonctionnelle: l'arrêt Harrison	52
2.3 Vers une reconnaissance du trust: les articles 150 et 154 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)	55
2.3.1 Les articles 150 et 154 LDIP	55
2.3.2 La réserve de la fraude à la loi	59
2.3.3 Conclusions intermédiaires	66
2.4 Approche comparative ou fonctionnelle à partir de l'article 150 LDIP	67
2.5 La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1 ^{er} juillet 1985	71
2.6 Reconnaissance en lieu et place de réception	75
III. Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale – élaboration d'un cadre normatif	81
3.1 L'assujettissement à la souveraineté fiscale nationale	82
3.2 Droit privé et droit fiscal	84
3.3 Réalité économique ou réalité juridique? Approche comparative, fonctionnelle dans le cadre d'une interprétation autonome de la norme fiscale	88
3.3.1 Les concepts relevant de la vie économique	89
3.3.1.1 Le concept de revenu imposable et les distributions trustales	89
3.3.2 Les concepts relevant du droit privé	93

3.3.2.1	Le concept de fortune imposable et le capital («corpus», fortune) du trust	95
3.3.2.2	Le concept de donation et la constitution d'un trust express privé par acte entre vifs ou à cause de mort	98
3.4	Les critères de la réalisation et de l'attribution	105
3.4.1	Le critère de la réalisation	105
3.4.2	Le critère de l'attribution	107
3.5	L'acte fiduciaire	108
3.6	La réalité économique, une méthode destinée à combattre les abus	110
IV.	Appréciation critique de la littérature et de la pratique concernant la fiscalité nationale des relations trustales	115
4.1	La constitution du trust	115
4.1.1	Le patrimoine est affecté au trust de manière révocable	116
4.1.2	Le patrimoine est affecté au trust de manière irrévocable	119
4.1.2.1	Fixed interest trust	119
4.1.2.2	Discretionary trust	124
4.1.3	La constitution du trust – conséquences fiscales pour le constituant?	127
4.2	L'imposition du bénéficiaire	128
4.2.1	Distributions de revenu trustal	129
4.2.1.1	Fixed interest trust	129
4.2.1.2	Discretionary trust	130
4.2.2	Distributions provenant des gains en capital réalisés sur le capital («corpus», fortune) du trust	134
4.2.2.1	Fixed interest trust	134
4.2.2.2	Discretionary trust	135
4.2.3	Distributions provenant du capital («corpus», fortune) du trust	136
4.2.3.1	Fixed interest trust	136
4.2.3.2	Discretionary trust	137
4.2.4	Le constituant comme bénéficiaire	138
4.2.5	Modification et fin du trust	139
4.3	L'imposition du trustee	140
4.4	Le trust, un patrimoine organisé comme sujet fiscal?	142

V. Les relations de trust et la fiscalité suisse internationale	147
5.1 Pluralité de souverainetés fiscales	147
5.2 Les notions de «personne», de «résident» et de «bénéficiaire effectif» en matière de trust	149
5.2.1 La notion de personne	149
5.2.2 La notion de «résident» appliquée au trust, respectivement au(x) trustee(s)	150
5.2.3 La notion de «bénéficiaire effectif»	151
5.3 La clause générale «des autres revenus» et l'effet transformateur du trust	153
5.4 Cas particuliers	155
5.4.1 Dégrèvement conventionnel d'impôts suisses	155
5.4.2 Obtention du dégrèvement d'impôts étrangers par le bénéficiaire d'un trust étranger, résidant en Suisse	156
5.4.2.1 Imposition à la source effectuée par l'Etat de résidence du trust sur les distributions trustales générées dans l'Etat de résidence du trust.	156
5.4.2.2 Imposition à la source des revenus du trust par un Etat tiers qui n'est pas l'Etat de résidence du trust	156
5.5 Impôt sur la fortune	156
5.6 Impôt sur les successions	125
5.6.1 Interférence des concepts de droit privé et interférence des souverainetés fiscales	158
5.6.2 Diversité des critères de rattachement fiscal et divergences nationales dans l'interprétation des critères de rattachement, en l'absence d'une définition conventionnelle autonome	158
5.6.3 L'assujettissement à l'impôt sur les successions en Suisse	159
5.6.4 La structure trustale et les conflits de souverainetés fiscales en matière d'impôts sur les successions; la convention passée avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne	160
VI. Conclusions	163

Annexes

1. Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1 ^{er} juillet 1985	165
2. Specimen fixed interest trust	175
3. Specimen discretionary trust clauses	189
4. Arrêt Saunders v. Vautier	193
5. Instruction n° 103 du canton de Genève	195
6. Projet de codification de la fiducie	197

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AFC	Administration fédérale des contributions
AIFD	Arrêté du Conseil fédéral sur la perception d'un impôt fédéral direct, dès 1993, fait suite à l'Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale, du 9 décembre 1940 (AJN)
All ER	All England Law Reports
Archives	Archives de droit fiscal suisse (Archiv für schweizerisches Abgaberecht, ASA), Berne
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB), RS 210
CDI	Convention de double imposition. Suivi du sigle du pays, fait référence à la convention de double imposition conclue par la Suisse avec ledit pays
CO	Code suisse des obligations, des 30 mars 1911 et 18 décembre 1936 (Obligationenrecht, OR), RS 220
Convention de la Haye	Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1 ^{er} juillet 1985
FF	Feuille fédérale (Bundesblatt, BBL), Berne
IA	Impôt anticipé
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam
IFA	International Fiscal Association, Rotterdam
IFD	Impôt fédéral direct
IHTA	Inheritance Tax Act, 1984
IWD	Internationale WirtschaftsBriefe, Zeitschrift für internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht, Bonn, Berlin
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (Verwaltungsrechtsprechung der Bundesbehörden, VPD), Berne
JAB	Jurisprudence administrative bernoise (Bernische Verwaltungsrechtsprechung, BVR), Berne
JT ou JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
L'EC	L'Expert-Comptable Suisse, revue mensuelle de la Chambre fiduciaire suisse, (Der Schweizer Treuhänder, ST), Zurich

- LB Loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne, du 8 novembre 1934, RS 952.0
- LDIP Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, IPRG), RS 291
- LFP Loi fédérale sur les fonds de placement, du 1^{er} juillet 1966 et 4 juillet 1994, RS 951.31
- LHID Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14
- LI Loi d'impôts. LI suivi du sigle du canton fait référence à la loi sur les impôts directs dudit canton (Steuergesetz, StG)
- LIA Loi fédérale sur l'impôt anticipé, du 13 octobre 1965, (Verrechnungssteuergesetz, VStG), RS 642.21
- LIFD Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990, (Bundessteuergesetz, BStG), RS 642.11
- LT Loi fédérale sur les droits de timbre, du 27 juin 1973, RS 641.10
- NZZ Neue Zürcher Zeitung
- OCDE (OECD) Organisation du Commerce et du Développement Européen (Organization for European Commerce and Development, OECD)
- OIA Ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur l'impôt anticipé, du 19 décembre 1966 (Verrechnungssteuerverordnung), RS 642.211
- OT Ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur les droits de timbre, du 3 décembre 1973, RS 641.101
- OTVA Ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée, du 22 juin 1994 (Mehrwertsteuerverordnung, MwStV), RS 641.201
- RDAF Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public, Lausanne
- RDS Revue de droit suisse (Zeitschrift für schweizerisches Recht, ZSR), Bâle
- RNRF Revue suisse du notariat et du registre foncier, Wädenswil
- Revue fiscale Revue fiscale, (Steuer-Revue), Berne
- RO Recueil officiel des lois fédérales
- RS Recueil systématique du droit fédéral
- RSDA Revue suisse de droit des affaires (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, SZW), Zurich
- RSJ Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ), Zurich
- SJ Semaine Judiciaire, Genève

StE	Der Steuerentscheid, Bâle
TF	Tribunal fédéral
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
WOB	Bundesratsbeschluss über die Erhebung eines neuen Wehropfers du 20 novembre 1942
WuR	Wirtschaft und Recht, Zurich
ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zurich
ZstP	Zürcher Steuerpraxis, Zurich

Les cantons ont été désignés par leur sigle usuel.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, thèses et recueils

- Agner P./Jung B./Steinmann G., *Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer*, avec la collaboration de A. Digeronimo, Zurich, 1995
- Altenburger P. R., *Swiss taxation of Trust arrangements*, Tax Planning International Review, 1995, volume 22, n°4 p. 21 ss
- Andina C., *Die Besteuerung von in der Schweiz wohnhaften Empfängern von Leistungen seitens angelsächsischer Trust Settlements*, Revue fiscale, 1993, p. 201 ss
- Ascher M.L., *The income taxation of trusts in the United States*, Bulletin for international fiscal documentation, 1999, volume 53, n°4 p. 146 ss
- Avery Jones John F. et auteurs associés, *The treatment of trusts under the OECD Model Convention*, European Taxation, 1989, p. 379 ss (cité Rapport OCDE, 1989)
- Bauer T., *Der Leibrentenvertrag und die Verpfändung*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-519 OR, Bâle, Stuttgart, 1992, p. 2482 ss
- Baumgartner P./Kolb A., *Problèmes pratiques d'application des conventions de double imposition*, Cahiers de droit fiscal international, volume LXXXIIIb, p. 677 ss
- Bellstedt C., *Steuerliche Behandlung von US-Trusts*, Internationale WirtschaftsBriefe (IWB) 1995, n°17, p. 819 ss
- Béraudo J.-P., *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J. Paris, 1992, n°375
- Berner R., *Partnerships, Trusts, Foundations and Similar Entities-Treaty resolution of conflicting national positions: The United Kingdom*, Tax Planning International Review, 1992, volume 19, n°3, p. 11 ss
- Bianchi S., *Das fiduziarische Rechtsgeschäft (Treuhand) im schweizerischen Zivil- und Steuerrecht*, L'Expert-Comptable Suisse, 1980, n°6-7, p. 22 ss
- Biedermann K., *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild dem Trust des Common Law*, thèse, Berne, 1981
- Blumenstein E., *Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht*, Revue de droit suisse, 1993, p. 142a ss (cité Blumenstein, *Gegenseitige Beziehungen*)
- Blumenstein E./Locher P., *System des Steuerrechts*, 5^e édition, Zurich, 1995 (cité Blumenstein/Locher)

- Böckli P., *Steuerungsumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe*, Festschrift Francis Cagianut, Berne, 1990, p. 289 ss
– *Indirekte Steuern und Lenkungssteuern*, Bâle, 1975
- Breitschmid P., *Trust und Nachlassplanung, Rechtskollisionen*, Festschrift für Anton Heini, Zurich, 1995, p. 49 ss
- Brunner T., *Das Treuhandverhältnis im Steuerrecht*, thèse, Zurich, 1968
- Bucher A., *Droit international privé suisse*, tome II, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992
– *Droit international privé suisse*, tome I/1 et I/2, Bâle, 1998 (cité Bucher, DIP I/1, DIP I/2)
- Büchli J./Killias M., *Complément à la brochure d'information pour banques et sociétés financières*, L'Expert-Comptable Suisse, 1998, n°6/7, p. 687 ss
- Buschor Th., *Nachlassplanung («estate planning») nach schweizerischem internationalem Erbrecht*, thèse, Zurich, 1994
- Cagianut F., *Das Objekt der Einkommenssteuer*, Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, Höhn/Athanas, Berne, Stuttgart, Vienne, 1993, p. 43 ss
- Christen Th., *Nacherbfolge aus steuerrechtlicher Sicht*, Archives de droit fiscal suisse, volume 63, p. 257 ss
- Cuendet A., *Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse*, L'Expert-Comptable Suisse, 1992, n°3, p. 130 ss, n°4, p. 187 ss et n°6, p. 361 ss
- Dagon R., *Besteuerung im Falle von Treuhandverhältnissen und verwandten Tatbeständen*, Revue Suisse de Jurisprudence, 1965, p. 101 ss
- Dietsch E., *Zum Schenkungsbegriff im Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht*, Festschrift Ferdinand Zuppinger, Berne, 1989, p. 469 ss
- Dreyer D. A., *Le trust en droit Suisse*, thèse, Genève, 1981
- Dubs H., *Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerungsumgehung*, Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, p. 569 ss
- Dunand J.-P., *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre» mancipio dare ut remancipetur*, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, Thèse Genève, 2000
- Dutoit B., *Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^e édition, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997 (cité Dutoit, commentaire LDIP)
– *L'ordre public: caméléon du droit international privé?*, Mélanges Guy Flattet, Lausanne, 1985, p. 455 ss

- Dyer A./Van Loon H., *Report on Trusts and Analogous Institutions*, Actes et documents de la Quinzième session de la Conférence de la Haye du 8 au 20 octobre 1984, Editeur: Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1985, p. 10 ss
- Ebenroth C.T./Messer U., *Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG*, Revue de droit suisse, 1989, p. 49 ss
- Eitel P., *Bedingtes Eigentum*, Revue de la Société des Juristes Bernois, 1998, p. 245 ss
- Engel P., *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e édition, Berne, 1997
- Fasel U., *Wende im Treuhandrecht*, Recht, 1995, p. 111 ss
- Fellmann W., *Der einfache Auftrag*, art. 394 – 406 OR, Berner Kommentar
- Flattet G., *Le Trust en droit suisse*, Revue juridique et politique, volume 44, 1990, p. 263 ss
- Foex B., *Le «numerus clausus» des droits réels en matière mobilière*, thèse, Genève, 1987
- Früh P., *Vorum anlässlich der Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1954*, Protokoll vom 5. September, Revue de droit suisse, 1954, p. 542a ss
- Gaillard E./Trautmann D.T., *Trusts in Non-Trusts Countries: Conflict of laws and the Hague Convention on Trusts*, The American Journal of Comparative Law, 1987, volume 35, p. 307 ss
- Gillioz P., *Switzerland*, International Tax Treatment of Common Law Trusts, Proceedings of a seminar held in New York in 1986 during the 40th Congress of the International Fiscal Association, 1986, volume 11b, p. 39 ss
- *Rapport national sur le thème La double imposition internationale des successions et donations*, Cahiers de droit fiscal international, volume LXXb p. 547 ss
- Giovanoli M., *Les opérations fiduciaires au regard du droit suisse: bilan, stratégies et perspectives*, Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne, 1994, Publication CEDIDAC 29, p. 189 ss
- Goodman W., *Canadian Taxation of trusts and their beneficiaries*, Bulletin for international fiscal documentation, 1999, volume 53, n°4, p. 131 ss
- Grossen J.M., *Note sur la fondation-entreprise, Hommage à Paul René Rosset à l'occasion de son 70^e anniversaire*, Neuchâtel, 1977, p. 205 ss
- Grüninger H., *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, schweizerisches Zivilgesetzbuch*, art 80-90bis ZGB, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996 (cité Grüninger, Basler Kommentar)

- *Die Unternehmensstiftung in der Schweiz: Zulässigkeit-Eignung-Besteuerung*, thèse, Bâle, 1984 (cité Grüninger, Unternehmensstiftung)
 - *Die Unternehmensstiftung in der Schweiz und ihr vergleichbare Erscheinungsformen im anglo-amerikanischen Rechtsraum*, *Wirtschaft und Recht*, 1985, p. 15 ss
 - *Zivilrechtliche Analyse der Unternehmensstiftung*, *L'Expert-Comptable Suisse*, 1991, n°1-2, p. 1 ss
 - *Steuerfragen zur schweizerischen Stiftung*, *DACH Schriftenreihe* 14, Zurich, 2000, p. 101ss
- Gubler F., *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhands (trust)?*, *Revue de droit suisse*, 1954, p. 215a ss
- Guinand J./Stettler M., *Droit civil II, successions, (art. 457-460 CC)*, 3^e édition, Editions universitaires Fribourg, Suisse, 1995
- Gutzwiller P.M., *Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis*, *Schweizer Jahrbuch für internationales Recht*, 1985, p. 53 ss
- Gygi F., *Konsequenz und Inkonsequenz in der Verwendung der Methode der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht*, *Archives de droit fiscal suisse*, volume 34, p. 337 ss
- Hangartner Y., *Verfassungsrechtliche Fragen der Erbschafts- und Schenkungssteuer*, *Festschrift Francis Cagianut*, Berne, 1990, p. 70 ss
- Hayton D., *The law of trusts*, London, 1989
- Heini A., *Personalstatut ausländischer juristischer Personen (IPRG 154 ff)*, *Revue suisse de droit des affaires*, 1993, p. 64 ss
- *Der Grundsatz der Nachlassseinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz*, *Festschrift Cyril Hegnauer*, Berne, 1986, p. 187 ss
- Heini A./Keller M./Siehr K./Vischer F./Volken P., *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1.1.1989*, Editeurs: Heini A., Keller M., Siehr K., Vischer F. und Volken P., Zurich 1993 (cité IPRG Kommentar)
- Herzog Th., *Funktion und Verfassungsmässigkeit der Vermögenssteuer*, thèse, Bâle, 1985
- Hirt B., *Grundfragen der Einkommensbesteuerung*, untersucht am Beispiel des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach Art. 18 DBG, thèse, St Gall, 1998
- Höhn E., *Steuerumgebung und rechtsstaatliche Besteuerung*, *Archives de droit fiscal suisse*, volume 46, p. 145 ss (cité Höhn, *Steuerumgebung*)
- *Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht*, *Revue fiscale*, 1963, p. 387 ss (cité Höhn, *wirtschaftliche Betrachtungsweise*)

- *Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz*, 2^e édition, Berne, Stuttgart, Vienne, 1993 (cité *Handbuch des internationalen Steuerrechts*)
- *Steuerrecht*, Bern, 1981
- Höhn E./Waldburger R., *Steuerrecht*, volumes I et II, 8^e édition de Höhn, Steuerrecht, Berne, Stuttgart, Vienne, 1997 et 1998 (cité Höhn/Waldburger I, II)
- *Überblick über die Besteuerung von Vermögen, Vermögensertrag und Vermögensgewinn*, Handbuch des internationalen Steuerrechts, p. 315-356
- Honsell H./Vogt P.N./Schnyder A.K., *Internationales Privatrecht, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992 (cité Basler Kommentar)
- Hower A./Burrows R., *Tolley's Tax Guide*, Croydon, Surrey, Grande-Bretagne, 1998-99
- Känzig E., *Von der wirtschaftlichen zur fiskalischen Betrachtungsweise*, Archives de droit fiscal suisse, volume 44, p. 189
- Keeton/Sheridan, *The law of Trusts*, 12^e Edition, Chichester (GB), 1993
- Klein F.-E., *A propos de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Mélanges Paul Piotet, Berne, 1990, p. 467 ss
- *Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG*, in BJM, 1989, p. 359 ss
- Knoepfler F./Schweizer Ph., *Précis de droit international privé suisse*, 2^e édition, Berne, 1995
- Koller Th., *Privatrecht und Steuerrecht*, Berne, 1993
- *Wechselwirkungen zwischen privatrechtlichen Rechtsgeschäften und ihren Steuerfolgen Ein Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme*, Revue fiscale, 1998, p. 309 ss
- Krauskopf P., *Der Vertrag zugunsten Dritter*, thèse, Fribourg, 2000
- Lachenal B., *Tax position of foreign trusts administered out of Switzerland*, Tax Planning International Review, 1988, volume 15, n°12, p. 126 ss
- Lainoff S.R., *Partnerships, Trusts, Foundations and Similar Entities-Treaty Resolution of conflicting national positions: The United States*, Tax Planning International Review, 1991, volume 18, n°12 p. 3 ss
- Landolf U., *Die Unternehmensstiftung im schweizerischen Steuerrecht*, thèse, Zurich, 1987
- *Steuerliche Fragen zur Unternehmensstiftung*, L'Expert-Comptable Suisse, 1991, n°1-2, p. 13 ss

- Landolf U./Graf T., *Der Trust im schweizerischen Steuerrecht*, Archives de droit fiscal suisse, volume 63, p. 1 ss (cité Landolf/Graf)
- Lanz P., *Die Besteuerung des Vor- und Nacherben in den kantonalen Steuerrechten*, Archives de droit fiscal suisse, volume 43, p. 145 ss
- Locher K., *Handbuch und Praxis des schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen Einkommens- und Erbschaftssteuer*, Bâle, 1957
- Locher P., *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, Berne, 1983 (cité Locher, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*)
- *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, Berne 1996 (cité Locher, *Einführung in das internationale Steuerrecht*)
 - *Die Umschreibung der subjektiven Steuerpflicht im neuen Bundesrecht über die direkten Steuern und die Doppelbesteuerungsabkommen*, Problèmes actuels de droit fiscal, Mélanges en l'honneur du professeur Raoul Oberson, Genève, 1995, p. 69 ss (cité Locher, *Umschreibung*)
- Maillard Ph., *Le régime fiscal et comptable des opérations fiduciaires*, Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne, 1994, Publication CEDIDAC 29, p. 57 ss
- Maitland F.W., *Equity*, 2^e édition, Londres, 1949
- Masshardt H., *Kommentar zur direkten Bundessteuer*, 2^e édition, Zurich, 1985
- Mäusli P., *Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht*, thèse, St. Gall, 1993
- Mäusli-Allenspach P., *Steuerliche Überlegungen bei der Widmung von Vermögenswerten an ausländische Stiftungen*, Revue fiscale, 1996, p. 115 ss
- Maute W./Beerli-Looser K., *Gegenstand der Erbschafts- und Schenkungssteuer*, Revue fiscale, 1990, p. 265 ss
- Mayer Th., *Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, thèse, Bâle, 1998
- Meili M., *Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern*, thèse, Zurich, 1976
- Ménétreay G., *Impôts sur les successions et sur les donations: élimination de la double imposition internationale*, Archives de droit fiscal suisse, volume 51, p. 609 ss
- Message du Conseil fédéral, concernant une convention entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord en vue d'éviter les

- doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 8 décembre 1977, FF 1978 I 193
- Message du Conseil fédéral, concernant une convention entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions, du 17 décembre 1993, FF 1994 II 456
- Message du Conseil fédéral, concernant la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, FF 1983 I 255 (cité Message)
- Moosmann K., *Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Begünstigten*, thèse, Zurich, 1998
- Muster A., *Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Das bernische Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer*, Bern, 1990
- Nobel P., *Zum internationalen Gesellschaftsrecht im IPR-Gesetz, Festschrift Rudolf Moser*, Zurich, 1987, p. 179 ss
- Oberson R., *Le principe de la capacité contributive dans la jurisprudence fédérale*, Festschrift Francis Cagianut, Berne, 1990, p. 125 ss
- Oberson X., *Droit fiscal suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1998
- Othenin-Girard S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, thèse, Neuchâtel, 1999
- Pelichet M., *Le trust et les institutions analogues - La Convention de la Haye du premier juillet 1985*, Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne, 1994, Publication CEDIDAC 29, p. 133 ss
- Perrin J.F., *La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé*, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 259 ss
- *Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique*, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Genève, 1993, p. 141 ss (cité Perrin, *Théorie de l'incorporation*)
- Petit Ph. H., *Equity and the law of Trusts*, 7th Edition, 1993
- Pfund W. R., *Die eidgenössische Verrechnungssteuer*, Bâle, 1971
- Piotet P., *Droit successoral*, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Editions universitaires Fribourg, 1975

- Rapp J.M., *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisse – état de la question*, Droit et pratique des questions fiduciaires en Suisse, Lausanne, 1994, Publication CEDIDAC 29, p. 34 ss
- Rapport, explicatif avec avant-projet pour une révision du code civil suisse (droit des fondations et ouverture des contrats de mariage et des pactes successoraux), 1993, avec résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code civil suisse, 1994
- Reich M., *Allgemeinheit der Steuer und Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit*, L'Expert-Comptable Suisse, 1990, n°4, p. 171 ss
- Reimann A./Zuppinger F./Schärrier E., *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, 4 volumes, Berne 1961, 1963, 1966, 1969 (cités Reimann, Zuppinger, Schärrier)
- Reymond C., *Réflexions de droit comparé sur la convention de la Haye*, Revue de droit international et de droit comparé, 1991, p. 9 ss (cité Reymond, *Réflexions de droit comparé*)
- *Le trust et le droit suisse*, Revue de droit suisse, 1954, p. 119a ss (cité Reymond, *Le trust et le droit suisse*)
 - *Le trust et l'ordre juridique suisse*, Journal des tribunaux, 1971, p. 22 ss (cité Reymond, *Le trust et l'ordre juridique suisse*)
 - *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire* thèse, Lausanne, 1948 (cité Reymond, *Essai*)
- Reymond Jacques-A., *L'influence du droit fiscal sur le droit commercial - Inégalités et distorsions des lois d'impôts helvétiques*, Revue de droit suisse, 1978 II p. 275 ss (cité Reymond, *L'influence du droit fiscal sur le droit commercial*)
- *Sociétés étrangères en Suisse, exit fraus legis*, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Genève, 1993, p. 173 ss (cité Reymond, *Exit fraus legis*)
- Reymond Ph., *Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1988, Publication CEDIDAC 9, p. 143 ss
- Richner F., *Das internationale Erbschaftssteuerrecht der Schweiz*, Archives de droit fiscal suisse, volume 69, p. 129 ss
- Richner F./Frei W., *Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz*, Zurich, 1996
- Riedweg A., *Der Trust des angelsächsischen Rechtes im Vergleich zu ähnlichen Institutionen des schweizerischen Rechts*, Festgabe des Luzernerischen Anwaltsverbandes zum schweizerischen Anwalrtag 9./10. Mai 1953, p. 111 ss

- Riemer H.M., *Berner Kommentar, die Stiftungen, Systematischer Teil und Art. 80-89 bis ZGB*, Berne, 1975
- Rivier J.M., *Droit fiscal Suisse, L'imposition du revenu et de la fortune*, 2^e édition, Neuchâtel, 1998 (cité Rivier, *Droit fiscal*)
- *Droit fiscal Suisse, Le droit fiscal international*, Neuchâtel, 1983 (cité Rivier, *Droit fiscal international*)
 - *L'impôt sur les successions et les donations: ses caractéristiques, sa nature et son champ d'application*, Revue fiscale, 1996, p. 5 ss et p. 227 ss (cité Rivier, *L'impôt sur les successions et les donations*)
 - *La succession en droit fiscal international*, Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public, 1997, p. 673 ss
- Rochat P., *L'impôt sur les donations et la notion de donation imposable en Suisse*, thèse, Lausanne, 1953
- Ryser W., *Introduction au droit fiscal international de la Suisse*, Berne, 1980
- *Rapports de trust et impôts directs*, Archives de droit fiscal suisse, volume 61, p. 749 ss (cité Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*)
 - *Rapports de trust et conventions préventives de double imposition conclues par la Suisse*, Festschrift Ernst Höhn, Berne, 1995, p. 349 ss
 - *La fiscalisation par l'interprétation*, Festschrift Ferdinand Zuppinger, Berne, 1989, p. 257 ss
 - *Réflexions sur la notion de revenu*, Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, p. 665 ss
 - *Switzerland, Trusts and Trust Taxation*, European Taxation, 1998, n°7, p. 198 ss
 - *Switzerland, The international Guide to the taxation of trusts*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1999
- Ryser W./Rolli B., *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, Berne, 1994 (cité Ryser/Rolli)
- Schmid A., *Steuerliche und zivilrechtliche Fragen zu dem englischen Trust*, Revue fiscale, 1967, p. 268 ss
- Schmid R., *Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht, im Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich*, thèse, Zurich, 1997
- Schneider P., *Unternehmensstiftung- langsamer Tod der Unternehmung?*, L'Expert-Comptable Suisse, 1991, n°1-2, p. 7 ss
- Schnitzer A., *Trust und Stiftung*, Revue Suisse de Jurisprudence, 1965, p. 197 ss
- *Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht*, Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Vaduz, 1963, p. 53 ss (cité Schnitzer, *Die Treuhand (der Trust)*)

- Schnyder Anton K., *Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Wirtschaftsrecht, 1991/92*, Revue suisse de droit des affaires, 1993, p. 185 ss
- Schulthess H.C./Limburg A.C., *Rechtsfragen der Ausübung von Trusteefunktionen durch Schweizer Trustee*, L'Expert-Comptable Suisse, 1996, n°1-2, p. 57 ss
- Schwander I., *Einführung in das internationale Privatrecht*, Allgemeiner Teil, St. Gall, 2000 (cité Schwander, Allgemeiner Teil)
- *Einführung in das internationale Privatrecht*, Besonderer Teil, St. Gall/Lachen, 1997 (cité Schwander, Besonderer Teil)
 - *Das IPR des Grundstückkaufes/Grundstückerverwerbes durch Personen im Ausland*, Der Grundstückkauf, édité par Alfred Koller, St. Gall, 1989, p. 367 ss
- Schewiler B., *Die Besteuerung der Vereine und Stiftungen für ihr Einkommen und Vermögen*, thèse, Zurich, 1982
- Serick R., *Zur Behandlung des anglo-amerikanischen Trusts im kontinentaleuropäischen Recht*, Festschrift für Hans Carl Niepperdey, vol. II, München, Berlin, 1965, p. 653 ss
- Sherring T./Ferrier I., *UK taxation of Trusts*, Tolley's 7th Edition, Croydon, Surrey (GB) (cité *Tolley's UK taxation of Trusts*), 1997
- Sievekling M., *La nature et l'objet de l'impôt sur les successions en Suisse*, thèse, Lausanne, 1970
- Solarsky Virág A., *Der englische trust im internationalen Erbrecht der Schweiz*, thèse, Zurich, 1999
- Sonnenveldt F./Harriet L. van Mens, éd., *The Trust, Bridge or Abyss between common and civil law jurisdictions?*, Edited by F. Sonnenveldt and Harriet L. van Mens, Kluwer, The Hague, 1992
- Spirig E., *Nachbereinstellung und Nachvermächtnis*, Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier, 1977, p. 193 ss
- Sprecher Th/von Salis-Lütolf U., *Die schweizerische Stiftung, ein Leitfadens*, Zurich, 2000
- Stahelin D., *Bedingte Verfügungen*, thèse, Bâle, 1993
- Steinauer P.-H., *Les droits réels*, tome III, servitudes personnelles, charges foncières, droits de gage immobiliers, droits de gage mobiliers, Berne, 1992
- Stieger M., *Was bringt das Lugano Übereinkommen für Trusts mit Berührung zur Schweiz?*, L'Expert-Comptable Suisse, 1992, n°4, p. 202 ss

- Stofer H., *Leibrentenversprechen und Verpfändungsvertrag*, Schweizerisches Privatrecht, Bâle Stuttgart, 1979, p. 732 ss
- Stoyanov K., *La nouvelle convention entre la Suisse et le Royaume-Uni contre les doubles impositions des successions*, Revue fiscale, 1995, p. 359 ss
- Studer P., *Steuervorteile mit einem angelsächsischen Trust*, Apropos Aktuell, avril 1994, p. 24 ss
- Supino P., *Rechtsgestaltung mit Trust aus schweizerischer Sicht*, thèse, St. Gall, 1994
- Tercier P., *La partie spéciale du code des obligations*, Zurich, 1992
- Thévenoz L., - *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, Revue de droit suisse, 1995 II p. 253 ss
- *Adhésion de la Suisse à la Convention relative à la loi applicable au trust et à ses effets et codification de la fiducie*, Rapport présenté à l'Office fédéral de la Justice le 30 juin 2000, publié sous le titre: *Trust en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie / Trust in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers*, Zurich 2001 (cité Thévenoz, Trusts)
- Thévenoz L./Dunand J.-Ph., *La fiducie: droit des biens ou droit des obligations?*, Rapports suisses présentés au XVème Congrès International de droit comparé: Bristol, 27 juillet au 1^{er} août 1998, p. 479-510, Zurich, 1998
- Thorens J., *Le trust de common Law et les institutions de substitution en pays de droit civil*, Fiscalité européenne, volume 18, 1987, p. 3 ss
- *Le trust de common law dans les systèmes de droit civil et l'arrêt Tucker de la Cour suprême du Canada*, Festschrift Walter J. Habscheid, Bielefeld, 1989, p. 325 ss
- *The common law Trust and the civil law lawyer*, Essays in the Honor of John Henry Merryman on his 70th Birthday, Berlin, 1990
- Thorens J./Jeandin E., *Droit fiscal cantonal et droit civil fédéral des successions*, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève, Bâle, 1991
- du Toit Ch. P., *Beneficial ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Publications IBDF, 1999
- Underhill and Hayton, *Law of Trusts and Trustees*, 15th edition, London, Dublin, Edimburgh, 1995
- Vallender K.A., *Die Auslegung des Steuerrechts*, Berne, 1985
- Van de Sante C., *La transmission du patrimoine et la substitution fidéicommissaire: «L'obligation de rendre la succession à un tiers»*, La transmission du patrimoine,

- questions choisies, Contributions en l'honneur de Paul-Henri Steinauer à l'occasion de ses cinquante ans, Editions universitaires Fribourg, Suisse, 1998, p. 75 ss
- Vischer F., *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Bâle, 1953
- Vogel K., *DBA Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3^e édition, Munich, 1996
- von Erlach R., *Die Besteuerung von Nutzniessung und Wohnrecht in der Schweiz*, thèse, Zurich, 1991
- von Overbeck A. E., *La Convention de la Haye du 1.7.1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Schweizer Jahrbuch für internationale Recht, 1985, Volume XLI, p. 30 ss
- von Planta A., *Basler Kommentar zu Art. 150 und 154 IPRG*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992
- Vontohel H./Oechslin E./ Reetz P., *Reformbedürftiges Stiftungsrecht. Ein Weg zur Entlastung des öffentlichen Haushalts*, NZZ, 16 février 1999, n°38, p. 15
- Wach Th., Die angelsächsischen Trusts und die schweizerische Rechtsordnung, *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1987, p. 209 ss
- *Der common law Trust - dem schweizerischen Zivilgesetz fremd, aber dennoch von wachsender Bedeutung*, Apropos Aktuell, janvier 1994, p. 7 ss
- Waters Donovan W.M., *The institution of the trust in civil and common law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, 1995, p. 117 ss (cité Waters, *The institution of the trust*)
- *The Concept called „The Trust“*, Bulletin for international fiscal documentation, 1999, volume 53, n°3 p. 118 ss
- *Recent Developments Regarding Trusts*, European Taxation, 1991, p 382 ss
- Watter R., *Die Treuhand im Schweizer Recht*, Revue de droit suisse, 1995, p. 179 ss
- *Der angelsächsische Trust, der Trust im internationalen Privatrecht*, Kammer Seminar Zürich vom 22.05.1991
- Weidmann M., *Einkommensbegriff und Realisation, zum Zeitpunkt der Realisation von Ertrag und Einkommen in Handels- und Steuerrecht*, thèse, Zurich, 1996
- Werro F., *Le mandat et ses effets*, thèse d'habilitation, Fribourg, 1993
- Widmer M., *Das OECD- Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung der Nachlässe und der Erbschaften*, Archives de droit fiscal suisse, volume 40, p. 1 ss
- *Das neue Einkommenssteuerabkommen mit Grossbritannien*, Archives de droit fiscal suisse, volume 47, p. 497 ss

- Wilhelm G., *Impôt à forfait, l'imposition des étrangers d'après la dépense*, Bulletin ATAG 1997, n°1, p. 20 ss
- Wisdell A., *A guide to trusts in the United Kingdom*, Tax Planning International Review, 1999, n°5 p. 12-14; 1999, n°6 p. 16-20; 1999, n°8 p. 9-12
- Yersin D., *L'égalité de traitement en droit fiscal*, Revue de droit suisse, 1992, p. 153 ss
- Zobl M., *Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht*, Festschrift Arthur Meyer-Hayoz, Zurich, 1982, p. 495 ss
- *Die Aussonderung von liechtensteinischem Treuhandgut in der schweizerischen Zwangsvollstreckung*, Zurich, 1994
- Zuppinger F., *Die Erhebung der Erbschafts- und Schenkungssteuern im internationalen Verhältnis*, Archives de droit fiscal suisse, volume 42, p. 289 ss
- *Erbschafts- und Schenkungssteuer im internationalen Verhältnis*, Handbuch des internationalen Steuerrechts, p. 403-421
- Zuppinger F./Höhn E., *Die Abgrenzung des Einkommens von den Erbschaften und Schenkungen und den steuerfreien Einkünften unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Steuerrechtes*, Revue fiscale 16, p. 494-520

Reuves

- The American Journal of Comparative Law, Baltimore, USA
- Apropos Aktuell, magazine édité par la société fiduciaire suisse Coopers Lybrand, Zurich
- Archives de droit fiscal suisse, Berne
- Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
- Bulletin for international fiscal documentation, Amsterdam
- Bulletin Atag, magazine édité par Atag Ernst & Young SA, Bâle
- Cahiers de droit fiscal international publiés par l'Association fiscale internationale à la Haye, Kluwer Law International The Hague, London, Boston
- L'Expert-Comptable Suisse, Zurich
- European Taxation, publication du Bureau international de documentation fiscale, Amsterdam
- La Feuille Fédérale, Berne
- Fiscalité Européenne, Paris
- Internationale Wirtschafts-Briefe, Zeitschrift für internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht, Bonn, Berlin
- International Trust Precedents, August 1998, London

- Le Journal des Tribunaux, Lausanne
- Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne
- L.G.D.J., Paris
- Publications Cedidac, Lausanne
- Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
- Revue fiscale, Berne
- Revue de droit suisse, Bâle
- Revue Suisse de Jurisprudence, Zurich
- Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier, Wädenswil
- Revue de la Société des Juristes Bernois, Berne
- Revue juridique et politique, Paris
- Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public, Lausanne
- Revue suisse de droit des affaires, Zurich
- Schweizer Jahrbuch für internationales Recht, Zurich
- La Semaine Judiciaire, Genève
- Der Steuerentscheid, Bâle
- Steuerinformationen der interkantonalen Kommission für Steueraufklärung
- Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zurich
- Tax Planning International Review, Washington
- Zürcher Steuerpraxis, Zurich

INTRODUCTION

«Of all of the exploits of equity the largest and most important is the invention and development of the trust.»¹

De tous les exploits de l'Equity, le plus grand et le plus important est l'invention et le développement du trust².

Le trust est une institution juridique sanctionnée par l'Equity.

Il peut se définir comme un acte juridique unilatéral, entre vifs ou à cause de mort, par lequel le constituant transfère un bien en trust à un ou plusieurs trustees, à charge pour ceux-ci de l'administrer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires, ou conformément à un but³.

Il trouve son origine dans le «use» du Moyen Age, et s'est développé au cours des siècles suivants pour s'établir en sa forme actuelle depuis le 18^e siècle⁴.

Les buts pour lesquels un trust peut être créé ne sont pas soumis à un *numerus clausus* et la souplesse du procédé est à l'origine de l'universalité de son application.

Un trust peut être mis en place, par exemple,

- dans la gamme entière des opérations familiales à caractère patrimonial (droit du mariage, droit de la famille, droit successoral), notamment pour préserver, administrer et jouir d'un patrimoine en vue d'assurer à son conjoint et à ses enfants les moyens de subvenir à leurs besoins (*«private trust»*)⁵;

¹ Maitland, *Equity*, p. 43; l'Equity peut se définir comme un corps de droit établi par la jurisprudence du Chancelier du Roi, fondé sur des considérations d'équité (*aequitas*) visant à corriger les lacunes du droit commun (*common law*), voir 1.2.2 ci-après.

² Traduction par Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 126a.

³ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 127a; le constituant peut se compter au rang des trustees et/ou des bénéficiaires.

⁴ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 126a, nous y reviendrons dans le chapitre consacré à la définition et aux origines du trust, cf. 1.2 ci-après.

⁵ Les auteurs du chapitre consacré au Royaume-Uni dans l'ouvrage *«International Trust Precedents»* notent:

«Chief among the current motives for placing property in trust rather than holding on to property personally are:

a) lack of legal capacity for absolute ownership;

b) the retention of control of the devolution and management of family assets, particularly estates and businesses while at the same time transferring beneficial ownership;

- pour assurer une mise en commun de fonds en vue de leur placement («*unit trust*»);
- pour servir à la mise en commun de droits de vote en vue d'assurer la concordance des voix («*voting trust*»);
- à des fins charitables («*charitable trust*»).

L'institution du trust n'est pas connue que des seuls pays dont la tradition juridique relève du droit anglo-saxon (Common Law), tels que la Grande-Bretagne, les Etats-Unis d'Amérique (USA), le Canada et l'Australie. On la rencontre aussi dans diverses enclaves de droit civil dans un environnement anglo-américain, telles que l'Ecosse, le Québec, la Louisiane ou encore le Mexique, le Venezuela, la Bolivie, le Guatemala, l'Argentine, le Brésil, Israël, l'Afrique du Sud et le Sri Lanka. La Principauté du Liechtenstein, seul pays sur le continent européen à avoir adopté une législation complète sur le trust, calquée sur le droit anglais, admet la constitution de trusts régis par un droit étranger⁶.

C'est donc non seulement l'universalité de son application, mais également son extension géographique qui démontrent l'importance du trust dans le droit moderne.

En date du 20 octobre 1984, les Etats membres de la Conférence de la Haye ont signé l'acte final de la Quinzième session de la Conférence consacrée à la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁷, (nommée ci-après Convention de la Haye).

A ce jour, les pays suivants ont ratifié cette convention: Italie, Pays-Bas, Australie, Canada, Royaume-Uni de Grande-Bretagne, Irlande du Nord et Malte. La convention a été signée mais non ratifiée par: Etats-Unis d'Amérique, Chypre, France et Luxembourg.

c) *lack of maturity in donees and the fear of dissipation of assets;*

d) *the tax savings that will or may result;*

e) *a wish to transfer the management and the responsibility for assets on to trustees being better qualified to conserve and develop them;*

f) *generosity coupled with flexibility over the distribution of benefits;*

g) *the desire of the settlor to shield himself and his assets from political factors, his own temptation or future claims»*

(référence: *International Trust Precedents*, United Kingdom, Introduction, IN.002).

⁶ Klein, p. 470 ss.

⁷ Pelichet, p. 133 ss; Actes et documents de la Quinzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé du 8 au 20 octobre 1984, Rapport sur les trusts et institutions analogues établi par messieurs Adair Dyer et Hans Van Loon (cité ci-après: Dyer/Van Loon).

Cette convention, sur laquelle nous reviendrons plus en détail, réalise un compromis entre des systèmes de droit divergents, donne aux pays ne connaissant pas l'institution du trust une règle de conflit, et fixe les conditions nécessaires et indispensables à la reconnaissance de l'institution, tout en traçant les limites de cette reconnaissance⁸.

L'internationalisation croissante des rapports économiques et juridiques vient souligner l'importance grandissante du trust même dans le cadre de pays de droit civil tels que la Suisse, qui ne connaissent pas l'institution du trust et qui n'ont pas adhéré à la Convention de la Haye. Ainsi n'est-il pas rare de rencontrer en Suisse des résidents bénéficiaires de trust, des individus et des organismes tels que banques et fiduciaires assumant le rôle de trustee, des citoyens étrangers résidant en Suisse et désireux de recourir à l'instrument du trust comme instrument de planification patrimoniale, voire successorale. Rappelons, enfin, qu'en ratifiant la Convention de Lugano concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.11), la Suisse reconnaît expressément dès le 1^{er} janvier 1992 les clauses de compétence et de prorogation de compétence en matière trustale (articles 5 et 17 de la Convention).

Si l'institution du trust a fait l'objet ces dernières années d'études approfondies quant à sa réception éventuelle sur le plan du droit civil, la fiscalité des acteurs intervenant dans les rapports de trust est l'objet d'un empitisme certain, dû notamment au fait que l'institution n'a jusqu'à ce jour pas fait l'objet d'une réception, et n'a fait que récemment l'objet d'une reconnaissance formelle (art. 150 al. 1 LDIP).

La présente thèse s'articule autour de quatre thèmes: définition, reconnaissance, fiscalité suisse nationale et fiscalité suisse internationale:

Il n'existe pas de définition unanimement valable du trust. Cette diversité dans l'approche conceptuelle tient essentiellement à la diversité des applications du trust.

Le trust trouve son origine dans le «use» du Moyen-Age et son existence juridique a été sanctionnée par la jurisprudence du Chancelier du Roi ou Equity.

Le trust express (express trust, express private trust), mis en place par un constituant sur la base d'un acte constitutif écrit exprimant la volonté du constituant d'affecter un patrimoine en trust, se distingue des trust implicites («implied trust») reconnus par la jurisprudence et la loi.

Diverses espèces de trust express ont pour effet de définir de manière différenciée les effets patrimoniaux résultant de la mise en place et de la mise en œuvre de la structure trustale, notamment auprès des bénéficiaires. Alors que le rôle du constituant

⁸ Pelichet, p. 158; Thévenoz, Trusts, p. 16.

prend fin, en principe, avec la constitution du trust, c'est-à-dire avec le transfert, en bonne et due forme, du constituant au trustee, du patrimoine affecté au trust, le rôle du trustee consiste à administrer et à gérer (notamment avec un pouvoir de disposition) le patrimoine trustal selon la volonté du constituant exprimé dans l'acte constitutif, subsidiairement selon les instructions sollicitées auprès du juge (chapitre I).

Le trust n'a pas été reçu dans le droit civil suisse.

Issu d'un système juridique (Common Law et Equity) totalement étranger au système juridique continental, le trust ne saurait, sur le plan conceptuel, trouver pendant dans notre système de droit.

L'article 150 LDIP, qui fonde la reconnaissance du trust valablement constitué à l'étranger comme patrimoine organisé, ne se prononce pas sur les effets d'une telle reconnaissance.

Il en résulte qu'une approche comparative ou fonctionnelle s'impose lorsqu'il y a lieu d'intégrer le trust dans le système juridique suisse en vue de porter une appréciation fiscale sur les effets patrimoniaux résultant de la mise en place et de la mise en œuvre de la structure trustale (chapitre II).

En l'absence de réception du trust dans le système juridique suisse, les intervenants dans les relations trustales: constituant, bénéficiaire et trustee, résidant sur le territoire suisse, sont les vecteurs de la fiscalité des rapports de trust en droit fiscal suisse.

Dans le cadre du processus d'application de la loi fiscale, une interprétation de la norme fiscale s'impose pour savoir si elle est applicable aux effets patrimoniaux (comme objet de l'impôt) résultant de la structure trustale. Une interprétation autonome de la norme fiscale est de rigueur (chapitre III).

Le point de vue de trois auteurs-phares (Ryser, Landolf et Graf) et une pratique fiscale disparate méritent une appréciation critique ainsi que l'examen de la question de savoir si le trust en tant que patrimoine organisé peut être considéré comme un sujet fiscal en droit fiscal suisse (chapitre IV).

Les échanges économiques et juridiques au-delà des frontières nationales entraînent des conflits de souverainetés fiscales et posent la question de savoir qui, en matière trustale, du bénéficiaire ou du trustee, est titulaire des avantages contenus dans une convention préventive de double imposition. Relevons d'ores et déjà que en matière successorale c'est moins la mise en place du trust que les conflits de qualification et de rattachement qui engendrent les conflits de souverainetés fiscales (chapitre V).

C'est le trust express privé de droit anglais qui nous sert de référence dans la présente thèse. Rappelons, à cet égard, ce qui suit:

Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne (United Kingdom) est formé de l'Angleterre (England), du pays de Galles (Wales), de l'Irlande du Nord (Northern Ireland) et de l'Écosse (Scotland). Alors que l'Angleterre, le pays de Galles et l'Irlande du Nord sont soumis à une seule et même juridiction, l'Écosse possède une juridiction séparée.

Lorsque nous utilisons les termes «droit anglais», «droit anglo-saxon», «trust de droit anglais», «trust de droit anglo-saxon», nous nous référons au système juridique des trois premières entités territoriales, à l'exclusion de l'Écosse.

Le système juridique anglais trouve son fondement dans la Common Law, celle-ci a été complétée et modifiée au cours des siècles par des décrets et lois votés par le Parlement et, dès 1972, par l'intégration du droit édicté par l'Union Européenne, dont le Royaume-Uni de Grande-Bretagne fait partie.

Les trusts font partie intégrante du système juridique anglais et trouvent dès lors un fondement dans la Common Law. Toutefois, en matière de trust, ce fondement juridique a trouvé un élargissement notoire grâce aux principes de droit émanant de l'Equity, et à un certain nombre de décrets législatifs, au rang desquels nous citerons: le *Trustee Act*, 1925; le *Settled Land Act*, 1925; le *Variation of Trust Act*, 1958; le *Perpetuities and Accumulations Act*, 1964 et le *Trust and Appointment of Trustees Act*, 1996. Rappelons enfin que le Royaume-Uni de Grande-Bretagne a intégré la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985.

I. LA NOTION DE TRUST

1.1 Définition

Le Professeur Claude Reymond considérait le trust moins comme une institution particulière que comme un cadre juridique que le droit anglais utilise dans plusieurs domaines du droit⁹. Il soulignait ainsi la diversité d'application du trust, diversité qui rend difficile l'établissement d'une définition unanimement valable.

Il est certain, comme l'a relevé Gubler, qu'il serait vain de tenter de définir le trust en partant de concepts relevant du droit civil continental¹⁰.

Underhill and Hayton donnent du trust la définition suivante:

«A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestui que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation. Any act or neglect on the part of a trustee which is not authorised or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust. The control of the trustee may, under the terms of a trust, be subject to fiduciary or personal powers vested in another person, who may sometimes be expressly designated a "protector" or who may simply be the settlor or the settlor's widow, brother, or eldest son.»

La définition de Underhill and Hayton a été critiquée en ce qu'elle se limitait aux seuls trusts express privés.

Keeton and Sheridan ont élargi la définition:

«A trust is the relationship which arises wherever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one

⁹ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 126a.

¹⁰ Gubler, p. 215a ss, sp. p. 270a; dans le même sens: Schnitzer, *Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht*, p. 57.

and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries, or other objects of the trust. There can be no trust without trust property.

As well as being created expressly, a trust may be imposed by operation of law either to give effect to the intention of the parties to a transaction (the implied or resulting trust) or to correct the enrichment of one person, who has acquired property unjustly, in favour of another person who ought, in equity, to have the property (constructive trust).»¹¹

La définition de Keeton and Sheridan étend le concept du trust, au-delà du trust express privé, aux trusts créés par la loi et l'Equity. En outre, les auteurs soulignent aussi le rôle majeur accordé au transfert de «propriété» de la part du constituant (il serait plus exact de parler de mise en possession) entre les mains du trustee et la concomitance du «legal title» et «equitable title» sur le patrimoine trustal.

Pettit insiste sur la dichotomie entre «nominal ownership» et «real or beneficial ownership», une caractéristique majeure du trust:

«It is commonly observed that no one has succeeded in producing a wholly satisfactory definition of a trust, although the general idea is not difficult to grasp. The general idea is expressed by saying that the trustee is the nominal owner of the trust property, but that the real or beneficial owner is the cestui que trust, or, alternatively, that the trustee is the legal owner, the cestui que trust the equitable owner.»¹²

Répondant au souci de fixer les conditions nécessaires et indispensables à la reconnaissance du trust, notamment dans les pays de tradition civilistes, les auteurs ou artisans de la Convention de la Haye ont préféré à une définition purement conceptuelle du trust le recours à l'énumération de ses caractéristiques essentielles:

L'article 2 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1^{er} juillet 1985, souligne en ces termes les caractéristiques essentielles du trust:

¹¹ Underhill and Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, 15th edition, 1995, p. 3. Keeton and Sheridan, *The law of trusts*, 12th Edition, 1993, p. 3.

¹² Pettit, *Equity and the law of trusts*, 7th Edition, 1993, p. 13. Autres auteurs: Waters, *The institution of the trust*; p. 125 ss; Moosman, p. 30 ss; Supino, p. 30 ss; Biedermann, p. 20 ss, et les définitions normatives citées par Thévenoz, *Trusts*, p. 20-21.

«Le terme «trust» désigne les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort –, lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;*
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;*
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.»

En résumé, le trust apparaît comme une institution juridique tripartite réunissant constituant, trustee et bénéficiaire autour d'un patrimoine autonome dont la caractéristique est d'être l'objet d'une double prérogative concomitante: celle du trustee et celle du bénéficiaire.

Le fait que la relation triangulaire établie par le trust soit parfois bouleversée en ce que le constituant conserve certaines prérogatives au titre de trustee ou certains droits en qualité de bénéficiaire n'a pas pour effet d'invalider le trust.

De nature fiduciaire (du terme «fiducia», confiance), la relation tripartite instituée par le trust est sanctionnée par l'Equity.

1.2 Origine du trust – l'Equity, «Legal and equitable estates and interests»

1.2.1 L'origine du trust, «estates and interests», le «use»

Le système juridique anglais trouve son fondement dans la Common Law.

La Common Law s'est établie après la conquête de l'Angleterre par les Normands, sur la base du droit coutumier et des décrets royaux.

En matière immobilière, la Common Law sanctionne le fractionnement multiple de la propriété, ou, plus précisément, la possession («estate or interest») multiple, simultanée ou successive, d'un même bien (à l'origine immobilier) par plusieurs titulaires. La Common Law n'est ainsi que le reflet de la société médiévale et féodale dont elle est issue.

En Common Law, une personne physique ou morale n'est pas «propriétaire» d'une terre mais d'un «estate or interest», à savoir titulaire du droit «... to possess and use the land for the period of time for which it has been granted.»¹³

Lorsqu'il compare les «estate or interest» à la propriété du droit civil, Thorens procède à une classification tripartite¹⁴: selon le temps, selon la possession et selon la jouissance:

Selon le temps

- «*estate in fee simple*», sa durée est indéfinie, c'est la titularité juridique complète, elle comprend toutes les autres et se rapproche le plus de notre concept de propriété: absolue et universelle, notamment, en sa forme de «*estate in fee simple absolute*»;
- «*estate in fee tail*», sa durée est indéfinie, cette titularité juridique se distingue de la précédente en ce qu'elle ne peut être héritée que par les descendants de son titulaire originel;
- «*estate for life*», sa durée est limitée à la vie de son titulaire ou, éventuellement, limitée à la vie d'une tierce personne («*estate pour autre vie*»).

Ces trois types d'«estate» constituent les «freehold estates», par opposition au «no freehold estates» qui représentent toutes les sortes de baux.

Selon la possession

Il peut exister plusieurs «estates» concomitantes sur un même bien: «*estate for life in favour of A and in fee simple in favour of B*». A, titulaire d'un «*present estate or interest*», est seul possesseur de la terre ou du bien, B, titulaire d'un «*future estate or interest*» n'a pas la possession, plus précisément son «*estate or interest*» existe dès l'origine mais il est futur en ce qui concerne la jouissance et la possession du bien sur lequel il porte.

Les «*futures interests*» font l'objet d'une double sous-catégorie:

¹³ Biedermann, p. 106.

¹⁴ Thorens, p. 327. Notons ici encore la remarque de Thorens: «il convient d'insister sur le fait qu'aujourd'hui la théorie des «estates» s'applique très largement aussi bien à la propriété dite réelle qu'à la propriété dite personnelle, le mot d'«interest» remplaçant alors celui d'«estate» qui est en principe utilisé exclusivement pour un intérêt dans une terre.»

- «*vested interest*»: quand son titulaire existe et qu'il entrera en possession du bien sur lequel porte son «*estate*» ou «*interest*» à l'expiration normale de l'«*estate*» ou «*interest*» actuellement en possession.
Nous savons que cette sous-distinction a toute son importance dans le cadre des «*rules on perpetuities*»¹⁵;
- «*contingent interest*» dans les autres cas, à savoir chaque fois que l'entrée en possession est incertaine (voire dépend de la discrétion d'un tiers, notamment du trustee, dans le trust discretionary);
- «*estate or interest in remainder*» lorsque le titulaire du «*fee simple*» envoie en possession le titulaire subséquent: «*A leaves his property to B for life, then to C for life, with remainder to D in fee simple*»;
- «*estate or interest in reversion*» lorsque le titulaire du «*fee simple*» se réserve un retour de possession, par exemple, à la fin de la vie de B auquel il a octroyé un «*estate or interest for life*»¹⁶.

Selon la jouissance

- «*legal estate or interest*», entre les mains de la personne qui a le titre légal de propriété, fondé sur le droit de la Common Law;
- «*equitable estate or interest*», entre les mains de la personne dont les droits sur la terre ou les biens sont reconnus et définis par l'Equity.

Cette division entre «*legal*» et «*equitable estate or interest*» est l'élément caractéristique du trust.

Elle est une émanation du fractionnement des terres engendré par la structure féodale de la société médiévale anglaise laquelle, au travers du «*use*» et plus tard du «*trust*», a trouvé un mode de transfert des terres permettant d'échapper aux contraintes (notamment fiscales) liées à la possession.

Le trust anglais trouve son origine dans le «*use*», une institution juridique qui s'établit dès le 13^e siècle et par laquelle le propriétaire de la terre «*freehold*» transférait son bien, en utilisant un mode de transfert admis par la Common Law, à une autre personne qui s'engageait à le tenir pour le compte et au profit (to the use) d'une troisième personne: l'aliénateur était nommé le «*feoffor*»; le bénéficiaire de la structure ainsi choisie était

¹⁵ Voir plus bas, 1.4.1. Voir également Moosmann, p. 74-75.

¹⁶ Pour d'autres exemples et références doctrinales: Moosmann, p. 17 à 19 et la remarque illustrative suivante: «*Die Estate-Doktrin geht von einer Gleichzeitigkeit mehrerer estates aus, womit mit «zurückfallen» nicht etwa ein Rückfallsrecht gemeint ist, ... Genauer ist, dass im Rahmen einer infiniten Zeitdauer (in fee simple) mehrere Personen zwar die Berechtigung am selben Grundstück besitzen können, jedoch nur einer Person das Recht eingeräumt wird, zu einer bestimmten Zeit in den wahren Genuss des Besitzes zu gelangen.*»

nommé le «cestui que use» (du terme «cestui a qui use le feoffment fut fait»). L'intermédiaire, qui recevait la terre en faveur (pour le compte et au profit) du cestui que use, se nommait le «feoffee to use» ou «l'inféodé pour profit» (d'autrui)¹⁷.

Le recours à l'institution du «use» répondait à des motifs divers: le «use» permettait, notamment, au propriétaire d'échapper aux contributions qu'il devait à son suzerain en raison de la saisine ou, encore, le «use» permettait au propriétaire d'une terre («freehold») de disposer de sa terre après sa mort selon sa volonté.

La pratique du «use» se développa essentiellement aux 15^e et 16^e siècles.

Voyant ses recettes fiscales tarir, Henri VIII promulgua, en 1535, le Statute of use dont la finalité consistait à mettre fin à la pratique des uses, en ôtant toute valeur juridique au transfert au «feoffee to use», et en considérant que le transfert du titre de propriété avait été effectué directement au bénéficiaire ou cestui que use.

Pour détourner l'interdit ainsi érigé par le Statute of use, on eut recours au «uses upon uses» qui au cours des siècles devinrent ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui les «trusts». Pettit définit ainsi le «use upon use» et son évolution, notamment terminologique vers le trust:

«... as where land is limited to A and his heirs to the use of B and his heirs to the use of C and his heirs. It was decided before 1535 that C took nothing in such case: A had the legal fee simple, B the equitable fee simple, but the limitation to C was repugnant to B's interest and accordingly void, though the first use was executed as to give B the legal fee simple and leave A, like C, with nothing at all. Eventually, however, by steps which are not very clear, the Chancellor, about the middle of the seventeenth century, or perhaps earlier, began to enforce this second use and it had become a well-established practice by the end of the century. As a matter of terminology the second use thus enforced became called a trust, and as a matter of drafting the basic formula was unto and to the use of B and his heirs in trust for C and his heirs. B took the legal fee simple at common law, but the use in his favour prevented the second use being executed by the Statute of Uses, leaving it to be enforced in equity as a trust. The result was to restore duality of ownership, B being the legal and C the equitable owner. The use was in effect resuscitated under the name of trust.»

¹⁷ Schnitzer, *Die Treuhand (der Trust) und das internationale Privatrecht*, p. 58-59; Béraudo, p. 3-5; Pettit, p. 11; Dyer/Van Loon, p. 15-17; Waters, *The institution of the trust*, p. 160 ss. Notons ici que l'origine du trust est controversée, voir à ce sujet: Keeton and Sheridan, p. 21 ss.

Dans le «use upon use», un bien mobilier était transféré à un premier feoffee pour le use d'une personne désignée qui, à son tour, devenait feoffee d'une deuxième personne. L'abolition du «use» laissa subsister la structure dans laquelle le premier bénéficiaire devenait «feoffee» au profit du deuxième bénéficiaire. Plus tard, le «use» se trouva ressuscité sous le terme de trust, après que la référence au premier intermédiaire fut abandonné¹⁸.

1.2.2 L'Equity – «legal and equitable estates and interests»

Se fondant sur un mode de transfert reconnu par la Common Law, la pratique des «uses» eut pour effet que, vis à vis des juridictions ordinaires, le feoffee to use était reconnu comme propriétaire alors que le cestui que use ou bénéficiaire se trouvait démuné de tout droit.

Dès lors, le bénéficiaire de la structure mise en place ne pouvait obtenir des tribunaux ordinaires que soient protégés ses intérêts légitimes en cas de violation de ses devoirs par le «feoffee to use», et plus tard, après le Statute of use, par le trustee ou cestui que trust.

Dans un tel cas, le plaideur pouvait s'adresser à la justice royale, exercée par le chancelier qui établit une jurisprudence fondée non sur le droit strict ou Common Law mais sur l'Equity: «The Chancellor in Court of Chancery recognized legal estates in land just like the Common Law courts, but went further in compelling the legal estate owner to use his legal ownership for the benefit of the beneficiaries, who in equity were supposed to benefit exclusively from the land vested in the legal estate owner. The beneficiaries could thus have equitable estates corresponding to the type of the legal estate.»¹⁹.

La reconnaissance d'un «equitable estate or interest» du bénéficiaire, concomitant au «legal estate or interest» du feoffee to use, ou trustee, eut pour effet d'instaurer sur un même élément de patrimoine une double prérogative.

Si le chancelier offrait au bénéficiaire, aux débuts de la juridiction d'Equity, un mode de réparation personnel («Equity acts in personam») par une décision enjoignant le feoffee to use ou trustee à exécuter, rendre compte ou à s'abstenir d'un acte, le mode de réparation pris une tournure réelle dès que le Chancelier octroya au bénéficiaire un droit de suite contre le tiers acquéreur de mauvaise foi. La préroga-

¹⁸ Voir aussi Keeton and Sheridan, p. 21 ss et Waters, p. 160-210.

¹⁹ Hayton, *The law of trust*, p. 10 ss.

tive du bénéficiaire devint réelle, avec pour effet d'instaurer, selon certains auteurs, une double prérogative de nature réelle voire un dédoublement de propriété («duality of ownership») sur un même bien.

L'approche de la double prérogative de nature réelle sur un même bien nous paraît erronée en ce qu'elle part d'une prémisse étrangère à la Common Law: la notion de propriété de droit civil continental une et indivisible et caractérisée par le principe du *numerus clausus* des droits réels. Or, il n'est pas concevable de vouloir raisonner dans un système juridique donné avec des concepts qui lui sont étrangers: «... die dem englischen Trustrecht inhärente Spaltung von Equity und Common Law darf weder dem römischrechtlichen (absoluten) Eigentumsbegriff gleichgesetzt, noch mit diesem erklärt werden. Der Grund liegt darin, dass Rechtsbegriffe an das Rechtssystem gebunden sind, dem sie angehören.»²⁰

En réalité, le trust trouve son essence (positiv-rechtliche Gestaltung) dans le dualisme de deux juridictions: Common Law et Equity:

Lorsque le trustee est qualifié de «legal owner» des biens placés en trust, il est fait référence à la Common Law, alors que la titularité du bénéficiaire en qualité de «equitable owner» est une référence au droit de l'Equity et aux moyens de droit mis en œuvre par l'Equity pour protéger les intérêts du bénéficiaire: «The interest of a beneficiary in trust property is called an equitable estate or interest or right because it was originally only recognised in courts of equity. A legal estate or interest, on the other hand, is that proprietary interest which has been acquired with all the formalities which are required by the common or statute law for conferring perfect ownership... A trustee usually, but not necessarily or always, has the legal ownership of trust property»²¹.

En droit, le trustee exerce des pouvoirs «erga omnes» au titre de «legal owner» des biens placés en trust, même si ces biens ne lui appartiennent pas et constituent un patrimoine affecté séparé. Quant au bénéficiaire, l'Equity met à sa disposition un certain nombre d'actions contre le trustee et les tiers, actions qui ont pour effet de donner un caractère réel à ses prérogatives. Gubler parle de «Verdinglichung der Rechte des Begünstigten»²².

Il est intéressant de noter que tant la Convention de la Haye, ratifiée par la Grande-Bretagne, que l'article 150 LDIP privilégient une approche du trust à partir de ses caractéristiques essentielles.

²⁰ Moosmann, p. 22-23.

²¹ Underhill and Hayton, p. 37.

²² Gubler, p. 273a.

Au rang des caractéristiques essentielles du trust, la Convention de la Haye et la LDIP relèvent que le trust constitue un patrimoine (organisé) affecté, séparé des patrimoines du trustee, du bénéficiaire et du settlor (sauf dans les cas où ce dernier se désignerait à la fois comme trustee et bénéficiaire, juridiquement nous n'aurions alors plus affaire à un trust).

Cette approche en quelque sorte «autonome» relègue à l'arrière plan la controverse doctrinale sur le dédoublement de la propriété.

Nous favorisons cette approche «autonome» chaque fois que le constituant n'a pas conféré au bénéficiaire un «estate or interest in possession» sur le patrimoine trustal, mais, au contraire, a conféré au trustee un pouvoir discrétionnaire (dont les modalités de l'exercice sont fixées dans l'acte constitutif du trust) dans l'attribution du patrimoine trustal au bénéficiaire.

Toutefois nous reconnaissons, également que dans tous les cas où le constituant a conféré au bénéficiaire un «estate or interest in possession» sur le patrimoine trustal, comme c'est le cas pour le «fixed interest trust», le patrimoine trustal fait l'objet d'une double prérogative: «legal title» du trustee, à savoir pouvoir «erga omnes» reconnu par la Common Law et «equitable title» du bénéficiaire, reconnu par l'Equity, à savoir droit de créance vis-à-vis du trustee renforcé par un droit de suite contre le tiers acquéreur de mauvaise foi, sans qu'il soit nécessaire de parler d'un dédoublement de la propriété.

• Cette approche différenciée est celle du droit anglais²³ et nous la retrouverons en matière fiscale.

1.3 Variétés ou espèces de trust

Il n'existe pas de classification unanimement admise des différentes espèces de trust.

Dans le cadre et aux fins de la présente thèse, nous relèverons les distinctions suivantes:

- express trust – implied trust;
- testamentary trust – living trust;
- revocable trust – irrevocable trust;
- fixed interest trust – discretionary trust;
- express trust privé.

²³ Underhill and Hayton, p. 39-41.

1.3.1 Express trust – Implied trust

L'*express trust* est créé par le constituant, ou settlor, par un acte entre vifs (*living trust*) ou à cause de mort (*testamentary trust*).

L'acte constitutif (*trust settlement*) contient la volonté expresse du constituant d'établir un trust, de manière révocable ou irrévocable, sur des éléments de propriété qui sont certains, en faveur d'un but certain, ou de personnes certaines qui auront la faculté d'exiger l'exécution du trust, voir aussi ci-après 1.3.5.

Conformément au principe de l'autonomie de la volonté, le settlor peut affecter les biens constitués en trust à des buts variés dans les limites de la loi (*rules against perpetuities and rules against accumulations*), de la morale et de la liberté.

Le settlor arrête les règles de gestion et d'administration des biens placés en trust, fixe la manière de verser les revenus et le capital en trust, de manière fixe et déterminée, ou, au contraire, octroie au trustee un pouvoir discrétionnaire dont les contours sont définis par l'acte constitutif.

A l'opposé de l'*express trust*, les *implied trusts* naissent non pas de la volonté expresse du constituant, mais par l'effet du droit d'Equity. Les *implied trusts* sont de deux types, *constructive trust* et *resulting trust*.

Le *constructive trust* est notamment un substitut de l'enrichissement illégitime²⁴, à savoir un moyen de réparation érigé par l'Equity par voie d'interprétation lorsqu'une personne a acquis un droit de propriété sur un bien mais qu'il serait injuste qu'elle puisse en avoir l'usage. L'enrichi injustement devient trustee («*constructive trustee*») en faveur du véritable ayant droit avec charge de restituer le bien injustement détenu.

Le *resulting trust* naît de la volonté implicite du constituant: par exemple, lorsqu'à la fin du trust toutes les ressources n'ont pas été épuisées, le trustee est présumé garder le solde en trust (*automatic resulting trust*). Lorsque le constituant transfère des biens au trustee sans que le trust soit mis à exécution, le trustee est alors réputé garder les biens en faveur du constituant (*presumed resulting trust*)²⁵.

Dans le cadre de la présente thèse, il n'est pas nécessaire de développer plus avant le contenu des *implied trusts*. Nous renvoyons aux exposés de Mayer et Moosmann, deux auteurs qui ont décrit et cerné les nuances de ces trusts créés par l'effet de l'Equity.

²⁴ Gubler, p. 407a; Keeton and Sheridan, p. 189-214; Underhill and Hayton, p. 345-432. Pour d'autres exemples de *constructive trust*, voir Mayer, p. 162-164; Moosmann, p. 53-57.

²⁵ Keeton and Sheridan, p. 215-248; Underhill and Hayton, p. 301-344. Pour d'autres exemples, voir Mayer, p. 160-161 et Moosmann, p. 51-53; l'arrêt *Re Vanderwell's Trusts* (1974) 3 All ER205, qui a instauré la distinction: «*automatic resulting trust*» et «*presumed resulting trust*».

1.3.2 Testamentary trust – Living trust

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, l'express trust peut être constitué:

- par *acte entre vifs* (living trust, trust inter vivos), auquel cas le constituant observera les formalités imposées par la loi au transfert entre les mains du trustee des biens constitués en trust. Il convient ainsi d'observer chaque fois les formalités de transfert imposées par la loi selon la spécificité de l'élément patrimonial constitué en trust: immeuble, meuble, créance, biens immatériels tels que droits d'auteurs, etc.
- par *acte à cause de mort* (testamentary trust), auquel cas le constituant devra observer les formalités requises pour la validité de l'acte à cause de mort constituant le trust.

1.3.3 Revocable trust – Irrevocable trust

A moins que le constituant se soit expressément réservé, dans l'acte constitutif, la *faculté de révoquer le trust* («power of revocation»), le transfert des biens en trust est, en principe, *irrévocable*.

C'est là une distinction qui est d'une importance certaine en droit fiscal (voir ci-après 4.1).

1.3.4 Fixed interest trust – Discretionary trust

1.3.4.1 Fixed interest trust

Underhill and Hayton donnent la définition suivante du *fixed interest trust*:
«... a fixed interest trust is a trust in which a beneficiary has a current fixed entitlement to an ascertainable part of the net income, if any, of the trust fund after deduction of sums paid by the trustees in the exercise of their administrative powers of management: **the beneficiary has an interest in possession under the trust.**»²⁶.

Il est aussi d'usage de désigner le fixed interest trust comme «trust with an interest in possession»:

²⁶ Underhill and Hayton, p. 47; Moosmann, p. 38-39.

«An interest in possession has been defined as a present right to a present enjoyment of the trust property (per the House of Lords in Pearson IRC [1080] 2 ALL ER 479) and a trust with an interest in possession is therefore one in which one or more persons has such an interest.

Such an interest may take one of many forms, the most common being a lifetime right to enjoy the income arising from the trust property.»²⁷

De manière plus explicite:

«The test, very broadly, is whether the income beneficiary has a present right to present enjoyment. In other word he must have the right now (not after someone else's interest or after the attainment of a certain age) to the income as it arises.»²⁸.

Si l'on se réfère au modèle de fixed interest trust ou fixed interest settlement (voir annexe 2), les clauses suivantes instituent la titularité du bénéficiaire:

«The Trustees shall hold the Trust fund upon trust to pay the income to the Life Tenant during [his/her] lifetime»²⁹;

et plus loin:

«Subject as above, the capital and income of the Trust fund shall be held upon trust for such of the children of the Life Tenant as attain the age of 25 before the end of the Trust Period (il s'agit là d'une référence à la règle des perpétuités, rules of perpetuities, voir 1.4.1), or are living and are under that age at the end of the Trust Period, and, if more than one, in equal shares absolutely.»³⁰.

Si l'on se réfère aux distinctions que nous avons établies sous 1.2.1: le «Life Tenant» est titulaire d'un «present interest» aux revenus du trust, il en a la «possession» ou un droit de créance, exigible, à l'égard du trustee; ses enfants sont titulaires d'un «future interest» se rapportant au capital du trust et aux revenus en découlant, la titularité ou plus précisément «l'interest» existe dès l'origine soit dès la constitution du trust,

²⁷ *International Trust Precedents*, August, 1998, the United Kingdom, A008.

²⁸ Voir référence 27.

²⁹ Voir annexe 2, 3.1.

³⁰ Voir annexe 2, 4.3.

mais il est futur en ce qui concerne la jouissance et la possession. De plus, ce «*future interest*» est «*vested*» en ce que son titulaire existe et entrera en possession du bien à l'expiration de l'«*estate*» ou «*interest*», actuellement en «*possession*», du «*Life Tenant*».

En résumé, au travers du «*fixed interest trust*», le bénéficiaire acquiert une véritable créance à l'égard du trustee, renforcée comme nous l'avons mentionné précédemment (voir 1.2.2) d'un droit de suite à l'égard du riers acquéreur de mauvaise foi. L'espèce la plus fréquente consiste à réserver à l'un des bénéficiaires (*Life Tenant*), en général le conjoint survivant voire le constituant lui-même, le bénéfice (c'est-à-dire l'usage et la possession) des revenus du capital («*corpus*») trustal, pendant la durée de sa vie: *life interest trust – life tenant*.

1.3.4.2 *Discretionary trust*

Underhill and Hayton donnent la définition suivante du *discretionary trust*:

«A discretionary trust is a trust in which a beneficiary has no such absolute current right to direct the trustees to pay him an ascertainable part of the net income. Typically this is the case where a beneficiary will receive income only if the trustees positively decide to carry on their duty to distribute income by favouring him rather than another member of the class of potential beneficiaries. There is also the «atypical» case where a beneficiary must receive the income unless the trustees exercise dispositive powers to divert the income elsewhere (eg under a power to appoint income, within six months of receiving it, to charity) or to mishold it (eg a power to accumulate income where there is no certainty that accumulations will ultimately pass to the beneficiary or his personal representative): the discretion-conferring dispositive powers prevent an interest in possession arising (eg where B is a life tenant subject to dispositive powers)»³¹

«A discretionary trust will be exhaustive where all income must be distributed in the trustees' discretion amongst the class of beneficiaries: it will be non-exhaustive where all income must be distributed in the trustees' discretion amongst the class of beneficiaries except to the extent that income may be otherwise dealt with pursuant to a power in that behalf, eg a power of accumulation or a power to pay income to charity.»³²

³¹ Voir annexe 2, 3.2 et 3.3.

³² Underhill and Hayton, p. 47-48.

Le bénéficiaire d'un trust discrétionnaire n'a pas de créance exigible vis-à-vis du trustee, il n'a qu'une attente.

A titre d'exemples de clauses de trust discrétionnaire, citons trois clauses du «specimen Discretionary Trust Clauses», (voir annexe 3):

Exemple 1

«The settlor, or such person as the settlor shall have nominated in writing, may, at any time during the Trust Period, add to the Beneficiaries such objects or persons or classes of objects or persons as the settlor or such other person shall, subject to the application (if any) of the rules against perpetuities, determine.»³³

Exemple 2

«The Trustees shall hold the capital and income of the Trust Fund upon trust for or for the benefit of such of the Beneficiaries, at such ages or times, in such shares, upon such trusts (which may include discretionary or protective trusts) and in such manner generally as the Trustees shall in their discretion appoint. Any such appointment may include such powers and provisions for the maintenance, education or other benefit of the Beneficiaries or for the accumulation of income and such administrative powers and provisions as the Trustees think fit.»³⁴

Exemple 3

«The Trustees shall pay or apply the income of the Trust Fund to or for the benefit of such Beneficiaries as shall for the time being be in existence, in such shares and in such manner generally as the Trustees shall in their discretion from time to time think fit.»³⁵

Si l'on se réfère aux distinctions que nous avons établies sous 1.2.1, le bénéficiaire d'un discretionary trust est titulaire d'un «contingent interest», c'est-à-dire que son entrée en possession est future et incertaine. Ce qui ne signifie pas qu'il n'a pas

³³ Voir annexe 3, 2.1. Les clauses de discretionary trust font souvent référence à une classe de bénéficiaires, il est important de noter ici que cela ne signifie pas que les bénéficiaires d'une classe ont une titularité conjointe ou commune, au contraire, chaque bénéficiaire de la classe a une titularité individuelle et concurrente par rapport aux autres bénéficiaires de la même classe: «They all have individual rights: they are in competition with each other and what the trustees give to one is his alone». Pettit, p. 69.

³⁴ Voir annexe 3, 3.1.

³⁵ Voir annexe 3, 4.1.

de droits³⁶ mais l'exigibilité de son droit patrimonial s'actualise par l'exercice par le trustee du pouvoir discrétionnaire («power and discretion» ou «discretionary power») qui lui a été conféré par le constituant et dont les modalités d'exercice sont également fixées dans l'acte constitutif ou, à défaut, par le juge.

Selon Moosmann³⁷ le bénéficiaire d'un discretionary trust n'a, a priori, qu'une *expectative* (*Anwartschaft*). Analysant ensuite le contenu de la prétention du bénéficiaire d'un discretionary trust, en se fondant sur la définition de l'expectative donnée par Zobl³⁸, l'auteur n'attribue en finalité à la prétention du bénéficiaire d'un discretionary trust que la portée d'une simple *attente* (*Erwartung*):

«Im vorliegenden Kontext ist vor allem das Begriffsmerkmal der Erwerbssicherheit von Bedeutung. Diese Voraussetzung besagt nämlich, dass sinngemäss das Begünstigteninteresse nur dann als Anwartschaft gilt, wenn bereits alle erforderlichen Vorkehrungen und Entscheidungen gemacht wurden, damit von einer gesicherten Rechtsstellung des Begünstigten gesprochen werden kann. Solange aber bei einem Discretionary Trust der Treuhänder von seinem Ermessen nicht Gebrauch macht, besteht für den potentiellen Berechtigten keine Sicherheit, dass er tatsächlich an der Begünstigung teilhaben wird. Er hat deshalb lediglich eine Erwartung.»

³⁶ «What he has is a right to be considered as a potential beneficiary, a right to have his interest protected by a court of equity and a right to take and enjoy whatever part of the income the trustees choose to give him. He could accordingly go to the court if the trustees refused to exercise their discretion at all, or exercised it improperly. He has also, it has been said, a right to have the trust property properly managed and to have the trustee account for his management. It follows from what has been said that it is very difficult to explain where the equitable interest lies in the case of discretionary trusts. Perhaps the true view is that the beneficial interest is in suspense until the trustees exercise their discretion.» Pettit, p. 70.

³⁷ Moosmann, p. 40 et p. 120-122.

³⁸ Zobl, p. 4 ss et 500: «Die Anwartschaft (auch Anwartschaftsrecht genannt), die am Recht der bedingten Verfügungen entwickelt worden ist, steht im Zusammenhang mit dem mehrstufigen Rechtswerb, gleichgültig, ob dieser originärer oder derivativer, rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Art ist. Sind vom Erwerbsstatbestand noch nicht alle Voraussetzungen erfüllt, so wird nach der geltenden Rechtsprechung des BGH eine Anwartschaft des Erwerbers dann angenommen, «wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsstellung des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr durch eine einseitige Erklärung zu zerstören vermag» oder – noch weitergehend – «wenn die Beeinträchtigung der Rechtsposition nach dem normalen Verlauf der Dinge ausgeschlossen ist». Anders umschrieben bilden die Automatik des Erwerbsanfalles und die Erwerbssicherheit die wesentlichsten Begriffsmerkmale des Anwartschaftsrechtes. Wirtschaftlich und rechtlich gesehen stellt die Anwartschaft somit ein qualifiziertes Entwicklungsstadium auf dem Wege zum Vollrecht dar... Wenn von einem mehrtätigen Entstehungstatbestand eines Rechtes zwar bereits verschiedene Erfordernisse erfüllt sind, die Rechtsstellung des Erwerbers aber nicht als gesichert erscheint, fehlt es an einem wesentlichen Begriffsmerkmal der Anwartschaft; es liegt dann lediglich eine sogenannte Erwerbsaussicht oder Erwartung vor.»

Nous partageons l'avis de Moosmann en lui apportant le complément suivant: la prétention du bénéficiaire d'un discretionary trust peut être qualifiée *d'expectative* («Anwartschaft», dans le sens de Zobl) chaque fois que selon l'acte constitutif du trust, nous avons affaire à un «exhaustive discretionary trust»³⁹, et que nous sommes en présence d'un bénéficiaire déterminé ou d'une classe de bénéficiaires déterminés (dont l'exigibilité de la prétention dépend de l'exercice par le trustee de son pouvoir discrétionnaire ou de l'injonction du juge faite au trustee, sur requête du ou des bénéficiaires, d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de procéder à l'attribution).

En revanche, là où l'acte constitutif du trust ne détermine pas le bénéficiaire ou les bénéficiaires d'une classe donnée, mais accorde au trustee le pouvoir discrétionnaire de déterminer le ou les bénéficiaires, notamment par adjonction de bénéficiaires à une classe donnée, la prétention du bénéficiaire ne pourra être qualifiée que *d'attente* («Erwartung»)⁴⁰.

Au-delà de cette différenciation il n'en reste pas moins que le bénéficiaire d'un discretionary trust, qu'il dispose d'une expectative ou qu'il ne dispose que d'une attente précaire, n'a pas, au regard de notre système juridique, de droit absolu («Vollrecht») sur le patrimoine trustal ou de créance en attribution des biens en trust vis-à-vis du trustee.

La distinction entre fixed interest trust et discretionary trust au niveau du contenu des prétentions des bénéficiaires est fondamentale en matière fiscale, notamment au regard des principes de la réalisation et de l'attribution qui sont les fondements de la créance fiscale (voir plus loin, 3.4.1 et 3.4.2).

³⁹ Pour la notion, cf. plus haut 1.3.4.2, p. 38.

⁴⁰ Pettit, p. 71: «*The position is quite different where the trustees are bound to apply the whole fund for the benefit of a particular person, even though they may be given a discretion as to the method in which the fund is to be applied for his benefit. In this case, the beneficiary, if sui iuris, is entitled to demand payment of the whole fund, which will pass to an assignee or trustee in bankruptcy. Similarly where two or more persons together (constituting a closed class) are the sole objects of an exhaustive discretionary trust and between them entitled to have the whole fund applied to them or for their benefit, though no one by himself may be able to demand any payment, they can, if sui iuris, all join together and require the trustees to pay over the fund to them... But where the class is not a closed class, even a sole member of the class for the time being cannot claim an immediate entitlement to the income so long as there exists a possibility that another member of the class could come into existence before a reasonable time for the distribution of the accrued income has elapsed.*»

1.3.5 Private express trust

Le *trust express privé* (private express trust) est utilisé dans la gamme entière des opérations familiales à caractère patrimonial.

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, il est créé par le settlor, ou constituant, qui manifeste sa volonté expresse de constituer un patrimoine en trust («*certainty of intention*»), et qui transfère à cet effet des biens déterminés ou déterminables («*certainty of subjects*») à un trustee en faveur d'un but certain ou de bénéficiaires certains («*certainty of objects*»). Les trois «*certainties*» doivent être réalisées cumulativement, à défaut le trust est nul.

Les biens du trust forment un *patrimoine séparé* (*Sondervermögen*) du patrimoine du trustee.

Le trust express privé peut être constitué par acte entre vifs ou à cause de mort, à titre révocable ou irrévocable. Il peut établir pour les bénéficiaires des créances ou des droits exigibles (fixed interest trust) ou des expectatives, voire des attentes dépendant du pouvoir discrétionnaire («*discretionary power*») des trustees, tel que défini par le constituant dans l'acte constitutif du trust (discretionary trust)⁴¹.

Le constituant peut se déclarer trustee («*declaration of trust*») ou se compter au rang des bénéficiaires.

C'est au trust express privé utilisé comme instrument de planification patrimoniale et successorale que nous nous référons dans la présente thèse lorsque le terme de trust est utilisé sans autre spécification.

1.4 Rules against perpetuities, rules against accumulations

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, le trust doit être constitué dans les limites de la loi, à savoir ne pas contrevenir à la double limite instituée, d'une part, par les règles contre les perpétuités (*rules against perpetuities*) et, d'autre part, par les règles contre les accumulations (*rules against accumulations*), dont nous décrivons très brièvement le contenu ci-après, à titre de rappel.

⁴¹ Moosmann, p. 93-110 pour une excellente présentation de la constitution d'un express trust privé, par acte entre vifs ou à cause de mort.

1.4.1 Rules against perpetuities

Bien que le trust soit une institution destinée à durer, il est néanmoins nécessaire, pour qu'il soit valable, que l'acte constitutif du trust indique un terme à l'avènement duquel les biens mis en trust seront définitivement acquis («vested»)⁴² par le dernier bénéficiaire, qui devra alors pouvoir en disposer librement. Ce terme doit intervenir au plus tard 21 ans après le décès d'une personne vivante au moment de la création du trust. Il s'agit de la vie de personnes ayant un lien avec le trust (identifiables au travers de l'acte constitutif du trust). Jusqu'au «*Perpetuities and Accumulation Act*» de 1964, il était permis de choisir la vie de personnes extérieures au trust. Il était alors courant de faire référence à la vie d'un souverain ou d'un membre de la Famille Royale.

Le constituant peut également, sous certaines réserves, fixer une durée ferme, qui ne dépassera toutefois pas 80 ans.

Cette règle, issue du droit commun et non de l'Equity, ne s'applique pas aux trusts charitables, qui peuvent être perpétuels.

1.4.2 Rules against accumulations

Le constituant peut, dans l'acte constitutif du trust, enjoindre le ou les trustee(s) d'accumuler les revenus du capital et de les réinvestir au lieu de les distribuer aux bénéficiaires: «accumulation trust». La loi impose des limites temporelles aux périodes pendant lesquelles les revenus peuvent être accumulés au lieu d'être distribués.

⁴² Nous nous référons à 1.2.1 ci-dessus «vested»: signifie que le bénéficiaire a un droit immédiat à la possession («vested in possession») ou que sa prétention, bien que juridiquement actuelle, ne deviendra une possession de fait qu'à l'expiration d'une possession antérieure («vested in interest»). Notons pour être précis que les «rules against perpetuities» se subdivisent en:

- «rules against remoteness of vesting» qui imposent que le bénéficiaire d'un trust soit mis au bénéfice de la possession et de l'usage («possession and use») du patrimoine trustal, au plus tard jusqu'à l'expiration du délai alternatif contenu dans le «Perpetuities and Accumulation Act»: 21 ans après le décès d'une personne vivante au moment de la création du trust ou à l'expiration d'une durée fixe de 80 ans à compter de la constitution du trust.
- «rules against inalienability» qui imposent que le trustee soit en mesure de disposer du patrimoine trustal à l'expiration d'un certain délai (qui coïncide avec la «perpetuity period», voir ci-dessus), ces règles ne s'appliquent, toutefois, plus qu'à des trust particuliers: les «non charitable purpose trusts».

Voir aussi Moosmann, p. 77-79.

A titre d'exemple, les revenus peuvent être accumulés jusqu'à ce que le ou les bénéficiaires vivants ou conçus au moment du décès du constituant aient atteint leur majorité. Une fois leur majorité atteinte, les bénéficiaires peuvent solliciter du juge qu'il mette fin au régime de l'accumulation des revenus et qu'il soit procédé au partage du capital et des revenus du capital accumulés, à parts égales entre les bénéficiaires⁴³.

1.5 Les intervenants dans la structure trustale

Le trust établit une relation tripartite réunissant le constituant ou settlor, le fiduciaire ou trustee (en raison des prérogatives spécifiques du trustee, nous utiliserons exclusivement le terme «*trustee*» et non le terme de fiduciaire), le bénéficiaire ou beneficiary.

Le protector, qui assume une fonction de contrôle sur le trustee en vertu de pouvoirs qui lui sont conférés à cet effet par le constituant, n'est pas un intervenant dans le rapport tripartite établi par le trust.

Quant au juge, dont le rôle est indispensable dans la mise en œuvre du trust, au point d'en faire un quatrième acteur, il souligne le caractère institutionnel de la structure trustale. N'étant toutefois pas affecté par les effets patrimoniaux du trust et, dès lors, pas susceptible d'être appréhendé fiscalement, il n'entre pas dans notre thématique⁴⁴.

⁴³ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 138a et 139a; Keeton and Sheridan, p. 139 ss, sp. 145 ss; Supino, p. 45-47.

A titre d'exemple, l'article 164 (1) du *Law of Property Act*, 1925, stipule: «*No person may by any instrument or otherwise settle or dispose of any property in such manner that the income thereof shall, save as hereinafter mentioned, be wholly or partially accumulated for any longer period than one of the following, namely:*

- (a) *the life of the grantor or settlor; or*
- (b) *a term of twenty-one years from the death of the grantor, settlor or testator; or*
- (c) *the duration of the minority or respective minorities of any person or persons living or «en ventre sa mère» at the death of the grantor, settlor or testator; or*
- (d) *the duration of the minority or respective minorities only of any person or persons who under the limitations of the instrument directing the accumulations would, for the time being, if of full age, be entitled to the income directed to be accumulated [;or]*
- [(e)] *a term of twenty-one years from the date of the making of the disposition [;or]*
- [(f)] *the duration of the minority or respective minorities of any person or persons in being at that date».*

⁴⁴ Pour une présentation du rôle assumé par le juge nous renvoyons à Moosmann, p. 64-70.

1.5.1 Le constituant ou settlor

C'est la personne, physique ou morale, qui constitue le trust. Dans le cadre d'un trust express privé, il s'agit d'une personne physique. Le constituant doit avoir la capacité civile et le pouvoir de disposer des biens constitués en trust.

Son rôle s'achève, en principe, lorsqu'il s'est désinvesti des biens placés en trust. Il peut cependant, en sus de sa qualité de constituant, s'ériger en trustee ou se compter parmi les bénéficiaires.

Le constituant peut aussi se réserver le droit de révoquer le trust, «power of revocation» ou le droit de désigner des bénéficiaires, «power of appointment»⁴⁵.

Il est intéressant de noter que le droit anglais connaît la notion de simulation en matière de trust: «sham trust». Ce sera le cas chaque fois que, sous l'apparence d'un trust constitué en faveur de tiers, le constituant reste le titulaire économique et juridique du patrimoine trustal.

Underhill and Hayton s'expriment comme suit sur la notion de sham trust:

«One must note that a trust which appears on its face to be an active trust with sundry beneficiaries may be held to be a sham, so that, despite the appearance of creating equitable rights in others, the equitable beneficial ownership is intended to remain with the settlor and the agreed real duty of the trustee is only to manage and distribute the property as the settlor directs. The subsequent conduct of the parties is admissible evidence that they were parties to the sham. A term in the trust instrument which is inconsistent with the specified beneficiaries having any rights (eg a clause stating that the trustees in no circumstances are under any duty to account to the «beneficiaries» and are always to be exempt from any liabilities howsoever arising to such «beneficiaries») may lead the court to strike out the term as repugnant to the intended trust or to give effect to the term by holding that the whole equitable interest remains in the settlor.

Close attention must be paid to the terms of a trust. Thus, where S transfers property to trustees on trust in S's lifetime to pay the income or capital to him or at his direction and, after his death, to hold the capital equally for his children or for such persons in such shares as S may designate in signed writing, the trustees will be holding the property to S's order, the full equitable interest remaining in him, with the purported disposition after his death being testamentary and void if not

⁴⁵ Keeton and Sheridan, p. 58-59; Underhill and Hayton, p. 239; Mayer, p. 76 et références; Moosmann, p. 123-126.

complying with the Wills Act 1837. By way of contrast, S would have formally divested himself of his equitable ownership if he had settled his property on trusts for others but had reserved a general power of appointment or a power of revocation: the trustees would not hold such property to the order of S until he ordered it in the exercise of his reserved powers. The presence of such powers, however, will normally have very adverse tax consequences and may expose the trust assets to claims of a deceased settlor's dependants or forced heirs.»⁴⁶.

Le critère de distinction majeure entre trust véritable et trust simulé réside dans le degré d'autonomie et d'indépendance accordés au trustee dans l'exercice de sa fonction. Or, la situation peut être délicate dans tous les cas où le constituant a créé un trust véritable et a remis au trustee une «*letter of wishes*» dans laquelle il communique ses vœux quant au sort du patrimoine trustal. Il y a lieu d'admettre que le trustee garde toute son autonomie, pour autant que la lettre de vœux ne fasse pas partie intégrante de l'acte constitutif du trust. Dans ce cas elle est remise au trustee à titre confidentiel et avec la mention expresse qu'elle n'a pas de caractère impératif⁴⁷.

1.5.2 Le trustee

C'est la personne, physique ou morale, désignée par le constituant dans l'acte constitutif, à laquelle sont confiés les biens constitués en trust. Il peut s'agir d'une seule ou de plusieurs personnes (co-trustees).

Le trustee a l'obligation de veiller au transfert en bonne et due forme des biens constitués en trust afin qu'ils soient enregistrés en son nom, voire au nom d'une autre personne pour le compte du trustee («*nominee*»), ou qu'ils lui soient cédés ou remis.

Le trustee devient ainsi «*legal owner*» des biens constitués en trust, c'est-à-dire, sur la base de la Common Law, seul propriétaire «*erga omnes*» des biens en trust.

Les biens en trust constituent toutefois une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee. Ce patrimoine distinct ne constitue toutefois pas une personne morale.

⁴⁶ Underhill and Hayton, p. 45-47.

⁴⁷ Underhill et Hayton, p. 47, relèvent que le bénéficiaire n'a pas le droit d'exiger du trustee de pouvoir consulter une «*letter of wishes*» remise à titre confidentiel au trustee; le bénéficiaire pourra, éventuellement, en exiger la production dans le cadre d'une procédure contre le trustee.

Le trustee a des «powers» et des obligations imposés par l'acte constitutif, la jurisprudence et la loi. Il agit de manière indépendante et n'est ni le mandataire du constituant, ni le mandataire des bénéficiaires.

«A power can be sufficiently defined for present purposes as an authority vested in a person to deal with or dispose of property not his own. It can be distinguished from a trust succinctly – a trust is imperative, a power discretionary.»⁴⁸

Le «power» est donc la faculté accordée au trustee de gérer et/ou de disposer d'un patrimoine qui ne lui appartient pas.

Cette définition contient deux éléments clés:

- la faculté de gérer et/ou administrer: le trustee est libre de faire usage ou non de la faculté, en cela le «power» se distingue du «trust» qui impose au trustee de s'exécuter
- la patrimoine sur lequel s'exerce la faculté de gérer et/ou disposer n'appartient pas (n'est pas la propriété du) au trustee

Concrètement les «powers» conférés au trustee se subdivisent en:

- *«administrative powers»*, ils l'autorisent à assurer une administration et gestion diligente du patrimoine trustal, à titre d'exemples: power of investment, sale, mortgage, etc.
- *«dispositive powers»*, ils l'autorisent à disposer du patrimoine trustal en faveur des bénéficiaires, le terme «disposer» est entendu ici dans le sens: faire usage (to use)

Les *«dispositive powers»* se subdivisent en:

- *«power to accumulate»*: faculté d'accumuler les revenus du capital pour les attribuer ultérieurement
- *«power of maintenance»*: faculté de décider sur les mesures à prendre, notamment sur le plan financier, pour assurer l'entretien et l'éducation d'un bénéficiaire-mineur
- *«power of advancement and encroachment»*: faculté de concéder, sous certaines circonstances, une avance, notamment en versant, par avance, les revenus du capital
- *«power of appointment»*: faculté de désigner le/les bénéficiaire(s) attributif(s), à ne pas confondre avec le «discretionary trust» qui, au vu de son caractère impératif, oblige le trustee à distribuer aux bénéficiaires le patrimoine trustal tout en lui concédant, éventuellement, un «power of appointment» soit la faculté de désigner le bénéficiaire – attributaire, voire le montant qui sera attribué à celui-ci.

⁴⁸ Pettit, p. 26.

L'Equity contraint le trustee à observer strictement vis-à-vis des bénéficiaires les obligations que lui imposent l'acte constitutif, la jurisprudence et la loi. Il assume de ce fait une responsabilité personnelle et illimitée, voire solidaire en cas de pluralité de trustees, ainsi qu'une responsabilité pénale.

En cas d'incertitude quant aux instructions contenues dans l'acte constitutif, le trustee recourra au juge pour recevoir des instructions précises⁴⁹.

1.5.3 Le bénéficiaire ou beneficiary

Il s'agit de la personne physique ou morale en faveur de laquelle le trustee administre les biens constitués en trust.

L'Equity concède au bénéficiaire des prérogatives qu'il peut exercer vis-à-vis du trustee et des tiers.

Le bénéficiaire a le droit de consulter les documents fondant le trust, les comptes que doit tenir le trustee, d'être informé sur les modalités d'administration du patrimoine trustal, notamment sur la politique d'investissement suivie par les trustees. Le bénéficiaire a de plus une créance en exécution vis à vis du trustee: ce dernier doit exécuter les obligations qui lui incombent en vertu de l'acte constitutif et de la loi de manière diligente. Une exécution non conforme de ses obligations par le trustee se traduit en un «*breach of trust*». Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, sous 1.5.2, le trustee répond du dommage résultant de l'inexécution ou d'une exécution imparfaite de ses devoirs, sa responsabilité est personnelle et illimitée et, en cas de pluralité de trustees, solidaire.

En sus d'une action personnelle contre le trustee, en exécution du trust et/ou en dommages-intérêts, le bénéficiaire dispose d'un droit de suite («*right to follow property*») sur les biens du trust et sur les biens acquis ultérieurement en remploi des biens originairement constitués en trust (*principe de la subrogation réelle*). Le droit de suite est renforcé par une action en revendication.

Le bénéficiaire peut exercer le droit de suite non seulement à l'égard du trustee mais encore vis à vis de tout tiers, à moins que le tiers n'ait acquis les biens à titre onéreux en ignorant de bonne foi l'existence du trust qui les grevait: «*bona fide purchaser for value*».

⁴⁹ Keeton and Sheridan, p. 59-64; 249-367; 435-480; Underhill and Hayton, p. 465-709; 787-807; 808-821; 825-910; Mayer, p. 76-85; Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 130a-134a; Moosmann, p. 127-142 avec de nombreuses références; Thévenoz, *Trusts*, p. 23-24 qui s'attache à souligner l'importance des devoirs du trustee par rapport aux biens en trust. Ces devoirs «fiduciaires», (fiduciary duties), sont, pour Thévenoz, au cœur de l'institution du trust.

Le tiers qui aurait acquis, à titre onéreux ou gratuit, des biens du trustee, en connaissance du trust et donc de mauvaise foi est réputé «*constructive trustee*» vis à vis du bénéficiaire. Le droit de suite que l'Equity concède au bénéficiaire vis-à-vis du tiers acquéreur de mauvaise foi trouve son fondement dans le caractère fiduciaire de la relation liant le bénéficiaire au tiers acquéreur de mauvaise foi, devenu entre temps «*constructive trustee*» en faveur du bénéficiaire.

Le bénéficiaire pourra également exercer un droit de revendication à l'égard du tiers acquéreur de bonne foi qui aurait acquis gratuitement les biens du trustee. Cette action réelle est toutefois subsidiaire par rapport à l'action en dommage-intérêt que le bénéficiaire peut exercer à l'encontre du trustee qui a contrevenu à son devoir de diligence. Le tiers acquéreur peut se libérer en invoquant n'être plus enrichi au moment de l'action⁵⁰.

Rappelons que l'étendue des droits patrimoniaux des bénéficiaires variera selon qu'ils sont les bénéficiaires d'un «*fixed interest trust*», ou les bénéficiaires d'un «*discretionary trust*». Nous renvoyons aux considérations émises sous 1.3.4.1 et 1.3.4.2.

1.6 Modification et fin du trust

1.6.1 Modification du trust

Les bases légales se trouvent dans le «*Variation of Trust Act, 1958*» et le «*Settled Land Act, 1925*».

En principe, le trustee est tenu de se conformer aux dispositions contenues dans l'acte constitutif du trust.

Une modification du trust ne peut être le fait que des bénéficiaires jouissant d'un droit absolu sur les biens du trust, ou du juge agissant sur requête du trustee ou en vertu de son pouvoir juridictionnel⁵¹.

⁵⁰ Moosmann, p. 142-159 pour une excellente présentation et de nombreuses références à la jurisprudence et à la doctrine anglaises; Mayer, p. 86-92; Underhill and Hayton, p. 28; Keeton and Sheridan, p. 368-377; p. 451-477; Pettit, p. 482-518, voir aussi l'analyse de Thévenoz dans *Trusts*, p. 95-110 où l'auteur conclut p. 107: «... contrairement aux apparences, le droit suisse donne des solutions largement semblables à l'Equity dans le régime des aliénations faites par un propriétaire dont le pouvoir de disposer est limité.»

⁵¹ Keeton and Sheridan, p. 408 ss, les auteurs notent que ce sont essentiellement des motifs fiscaux (fiscalité au lieu de résidence du trust) qui incitent les bénéficiaires à modifier, conjointement ou sur requête adressée au juge, certaines clauses du trust; voir également: Béraudo, p. 101-114 et Mayer, p. 92-93 et Pettit, p. 465-481, à titre d'exemple: la délocalisation du centre opérationnel du trust:

Parmi les modifications «standard», notons le changement de la simple expectative en créance ferme sur les revenus nets du trust, ou bien la cessation de l'accumulation des revenus.

1.6.2 Fin du trust

Sous réserve du droit de révoquer le trust, droit que se serait réservé le constituant dans l'acte constitutif, le trust prend fin à l'échéance fixée dans l'acte constitutif.

Sous certaines conditions spécifiques, les bénéficiaires peuvent exiger du trustee qu'il mette fin au trust:

Ces conditions ont été fixées dans l'arrêt *Saunders v. Vautier*.

En raison de son importance dans l'appréciation de la portée économique et juridique des prétentions des bénéficiaires d'un *fixed interest trust*, nous avons jugé utile d'annexer une copie d'extrait de l'arrêt *Saunders v. Vautier*, source: Beavan, volume 4, chapitres 115-117, annexe 4.

Le bénéficiaire doit être titulaire d'un «*absolute indefeasible interest*» et avoir la capacité civile pour adresser une requête au trustee demandant de mettre fin au trust.

Est titulaire d'un «*absolute indefeasible interest*» le bénéficiaire majeur qui entrera, de manière certaine, en possession du bien sur lequel porte son «*estate*» ou son «*interest*». Le bénéficiaire doit donc être titulaire d'un «*vested estate*» ou d'un «*vested interest*» sur le patrimoine trustal.

Le bénéficiaire dont l'entrée en possession est incertaine, titulaire d'un «*contingent interest*» ne peut agir que conjointement avec un ou plusieurs bénéficiaires dont les prétentions sont certaines («*vested*») et, de plus, il devra déjà avoir été désigné comme bénéficiaire dans l'acte constitutif du trust.

La faculté de requérir du trustee qu'il mette fin au trust est donc ouverte aux bénéficiaires dans le cadre d'un *fixed interest trust* («*interest in possession trust*») ou d'un *fixed interest trust* dans l'acte constitutif duquel le constituant aurait encore réservé des pouvoirs discrétionnaires au trustee. Notons qu'une telle mixité de clauses: *fixed interest/discretionary clauses* n'est pas rare. Elle s'explique, essentiellement, par des raisons d'optimisation fiscale anglaises.

management and control, par la désignation d'une majorité de trustees résidant hors du Royaume-Uni avec pour effet de rendre le trust «non resident» et donc non imposable dans le cadre de l'impôt sur les gains en capital.

Le trust auquel il a été mis fin entre en liquidation⁵².

La liquidation s'achève avec la répartition finale du capital du trust aux bénéficiaires, voire par le retour du capital au constituant ou à ses héritiers, sous la forme d'un «resulting trust»⁵³.

⁵² La liquidation a des conséquences fiscales en droit fiscal anglais en ce qu'elle induit un impôt sur les gains en capital, et un impôt de succession («capital gains tax», «inheritance tax»).

⁵³ Voir 1.3.1.

II. NÉCESSITÉ D'UNE RÉCEPTION DU TRUST EN DROIT SUISSE?

La question de la nécessité d'une réception du trust en droit suisse doit être examinée sur deux plans:

Sur le plan du droit privé: une réception du trust est-elle nécessaire? ou suffirait-il de mettre en œuvre des postulats législatifs allant vers l'élaboration d'une «institution analogue» au sens de l'article 6 de la Convention de la Haye, au travers d'une «fiducie renouvelée» et d'un élargissement de l'objet des fondations de famille?

Une telle «institution analogue» aurait l'avantage d'offrir au système juridique suisse une structure analogue au trust sans que doive être incorporé un fractionnement de la propriété résultant de titularités juridiques diverses sur un même bien ou droit, caractéristique du trust et condition sine qua non d'une réception du trust en droit suisse.

Sur le plan du droit fiscal: en l'absence de réception du trust dans le système juridique suisse (civil et fiscal), les intervenants dans la relation trustale résidents de Suisse constituent les vecteurs de la fiscalité des effets patrimoniaux résultant du trust.

Une réception du trust est-elle nécessaire pour reconnaître le trust comme un sujet fiscal indépendant? Ou suffirait-il, après la mise en œuvre d'une «institution analogue» sur le plan du droit privé, de compléter la législation fiscale en attribuant à telle «institution analogue», en tant que patrimoine «fiduciaire», affecté, dépourvu de la personnalité juridique mais ayant une vocation économique propre, la qualité de sujet fiscal, et d'étendre ainsi cette qualité au trust?⁵⁴

2.1 Réception du trust en droit suisse

La réception du trust en droit suisse se heurte à des limites de droit matériel et de droit formel telles que:

- le régime actuel de la fiducie en droit civil suisse;
- la notion de propriété retenue par le droit civil suisse: une et indivisible, caractérisée par le principe du numerus clausus des droits réels et le principe de la publicité;

⁵⁴ Blumenstein-Locher, p. 47-50, p. 68-72; s'il est relativement aisé de concevoir qu'un patrimoine affecté («Sondervermögen»), n'ayant pas de personnalité juridique mais une vocation économique propre, puisse constituer un sujet fiscal dont les droits et obligations seraient assumés par voie de substitution, en l'occurrence par le(s) trustee(s), la question du rattachement fiscal («steuerrechtliche Zugehörigkeit») d'un tel patrimoine est plus complexe, nous y reviendrons sous 4.4 ci-après.

- le principe de la relativité des contrats;
- le principe de la révocabilité du mandat;
- les limites imposées par le droit civil suisse à la liberté de disposer à cause de mort;
- le caractère institutionnel du trust et le rôle attribué à cet égard au juge.

2.1.1 Le régime actuel de la fiducie

La comparaison du trust et de la fiducie s'impose naturellement⁵⁵.

A l'instar du constituant (settlor), le fiduciaire remet des biens, titres ou créances au fiduciaire qui s'oblige à en user selon les indications du fiduciaire. C'est au fiduciaire, respectivement au bénéficiaire que revient le bénéfice ou la perte résultant de la gestion des biens fiduciaires par le fiduciaire⁵⁶. C'est là, toutefois, que s'arrête la comparaison.

Même si, comme l'a souligné Thévenoz⁵⁷, la fiducie a trouvé au cours des années et, notamment depuis les deux rapports Reymond et Gubler devant la Société suisse des juristes en 1954, une certaine consolidation grâce à une évolution de la jurisprudence et de la législation^{58, 59}, il n'en reste pas moins qu'elle ne peut pas, en son état actuel, servir d'instrument de planification patrimoniale à l'instar du trust express privé.

⁵⁵ Voir les deux excellents exposés de Watter et Thévenoz dans la Revue de droit suisse, 1995 et le remarquable rapport, daté du 30 juin 2000, du professeur Thévenoz, adressé à l'Office fédéral de la Justice et publié sous le titre: *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, cités dans la bibliographie. La comparaison se fait ici avec la fiducie-gestion («fiducia cum amico») qui sert avant tout les intérêts du fiduciaire voire d'un bénéficiaire si le pactum fiduciae est assorti d'une stipulation pour autrui, par opposition à la fiducie-sûreté qui sert avant tout les intérêts du fiduciaire, voir Thévenoz, p. 284-310. Voir aussi la thèse de Dunand, notamment les p. 405-435.

⁵⁶ La fiducie est une création de la doctrine et de la jurisprudence. Dans sa thèse, note 5, C. Reymond donne la définition suivante de la fiducie: «La fiducie ou acte fiduciaire est le contrat par lequel une personne, le fiduciaire, transfère un droit à une autre, le fiduciaire, qui s'oblige à en user selon les indications du fiduciaire, en général à le retransférer dans certaines conditions». C'est là une définition parmi d'autres; il n'existe actuellement pas de définition unanimement admise de la fiducie. Voir aussi Thévenoz/Dunand, p. 487 à 490; Thévenoz, Trusts, p. 16 et 17.

⁵⁷ Thévenoz, p. 261.

⁵⁸ ATF 99 II 393, ATF 91 II 442, ATF 78 II 445, ATF 112 III 90, ATF 115 II 468, ATF 117 II 429.

⁵⁹ Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP) du 18.3.1994, art. 14 et 16.

Loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne (LB) du 8.11.1934, art. 16 et 37b.

A cet égard, la fiducie trouve ses limites dans:

- Le *principe de l'attribution* complète au fiduciaire des biens fiduciaires (*Vollrechtstheorie*): Certes quelque peu atténué au cours des années par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁰, ce principe fait toutefois obstacle à la reconnaissance des biens fiduciaires en qualité de patrimoine séparé, ce qui est une des caractéristiques du trust, alors même qu'il s'agit d'un patrimoine affecté selon les termes de la convention de fiducie.
- Le *principe de la relativité des contrats*: la convention de fiducie obligeant le fiduciaire à faire un certain usage des biens fiduciaires n'est pas opposable aux tiers⁶¹.

Les engagements résultant de la convention de fiducie n'ont aucun effet sur la pleine titularité des droits transmis au fiduciaire, notamment vis-à-vis des tiers; il n'en reste pas moins que c'est au fiduciaire que revient le bénéfice ou la perte de la gestion exercée par le fiduciaire: cette dissociation entre titulaire juridique (fiduciaire) et ayant droit économique (fiduciant) est unanimement reconnue, et le droit fiscal en fait même une condition de la reconnaissance des opérations fiduciaires.

Forts de cette constatation, Thévenoz et Watter ont formulé des propositions de réforme de la fiducie et esquissé les contours d'une «fiducie-renouvelée», à même de devenir une «fiducie-libéralité», conçue comme un mode de transmission patrimonial.

Thévenoz énonce ainsi:

«... les principales propositions qui devraient fonder un renouvellement de la fiducie commune (fiducia cum amico ou fiducie-gestion):

- i) La fiducie devrait pouvoir être stipulée révocable ou irrévocable du vivant du disposant.*
- ii) La convention de fiducie peut, mais ne doit pas nécessairement, fixer le montant et le mode précis des attributions futures des revenus et du capital.*
- iii) La fiducie-libéralité n'est viable que si les biens qui lui sont affectés ne répondent que des dettes qui résultent de leur gestion.*
- iv) Dans la mesure où cela correspond à la volonté du fiduciant, les bénéficiaires de la fiducie devraient se voir reconnaître le droit d'exiger du fiduciaire l'exécution loyale et diligente de la convention.*

⁶⁰ Voir les arrêts cités sous note marginale 58.

⁶¹ D'où la formule consacrée par la jurisprudence: «*Der Fiduziar darf mehr als er kann*», ATF 119 II 326, voir aussi Thévenoz/Dunant, p. 488-489.

Enfin, la fiscalité ne devrait pas pénaliser ce mode de transmission par rapport aux autres actes de disposition entre vifs ou à cause de mort.»⁶².

Le professeur Thévenoz a articulé ses thèses en un projet de codification de la fiducie. Voir ci-après sous 2.6 et annexe 6.

Quant aux propositions de réforme de la fiducie-gestion du droit suisse de Watter, elles se calquent plutôt sur les caractéristiques du trust, en ce qu'elles visent à :

- conférer aux biens remis au fiduciaire la qualité d'un patrimoine séparé («Sondervermögen») du patrimoine du fiduciaire
- octroyer au fiduciaire des prérogatives quasi-réelles en lui accordant un droit de revendication ou de distraction dans la faillite du fiduciaire, et un droit de suite vis-à-vis du tiers acquéreur de mauvaise foi
- reconnaître à la fiducie constituée de manière irrévocable dans les limites des articles 335 al. 2 CC et 488 al. 2 CC la qualité d'une fondation fiduciaire ou fondation non autonome, analogue au trust
- reconnaître au pactum fiduciae la qualité de contrat sui generis auquel s'appliqueraient les règles modifiées du mandat autorisant le fiduciaire à renoncer à son droit d'instruction et de révocation⁶³.

Nous reviendrons sur les postulats de Thévenoz et Watter ci-après sous 2.6.

2.1.2 La notion de propriété retenue par le droit civil suisse: une et indivisible, caractérisée par le principe du numerus clausus des droits réels et le principe de la publicité

Le principe de l'unité du patrimoine

Le principe de l'unité du patrimoine, qui reconnaît la propriété comme une et indivisible, s'oppose, de lege lata, à la reconnaissance d'un patrimoine particulier, affecté, au sein d'un patrimoine général appartenant à la même personne.

Mais, comme le souligne Thévenoz⁶⁴: *«Le principe de l'unité du patrimoine n'est pas un dogme mais un postulat de politique législative tendant à la protection des créanciers, qui reste sujet aux dérogations voulues par le législateur»*. Rien ne s'oppose, de

⁶² Thévenoz, p. 300-302.

⁶³ Watter, p. 250-251.

⁶⁴ Thévenoz, p. 324.

lege ferenda, dans l'optique d'une «fiducie renouvelée», à reconnaître aux biens fiduciaires la nature d'un patrimoine séparé (Sondervermögen), affecté exclusivement à l'exécution de la convention de fiducie, et dont le fiduciaire est le titulaire juridique, sans en être l'ayant droit économique⁶⁵.

Watter⁶⁶ et Thévenoz⁶⁷ proposent dès lors, dans le cadre d'une fiducie renouvelée, de reconnaître aux biens fiduciaires la qualité d'un patrimoine séparé, affecté, soustrait au patrimoine général du fiduciaire au regard du droit des successions, des régimes matrimoniaux et de l'exécution forcée:

«Damit werden zwar die Dogmen der Absolutheit des Eigentums und des Numerus clausus der dinglichen Rechte sowie der Publizitätsgrundsatz relativiert, aber um den lohnenden Preis, dass eine wirtschaftlich wünschenswerte Konstruktion ermöglicht wird.»⁶⁸

Watter dissocie la prérogative du fiduciaire et du fiduciaire sur les biens fiduciaires en une double prérogative de nature réelle: droit de propriété formel du fiduciaire d'une part, et droit de quasi propriété du fiduciaire d'autre part (en cela il calque son concept sur celui du trust vu sous l'angle du droit réel continental).

Thévenoz distingue en revanche, et nous nous joignons à son avis, entre la titularité juridique du fiduciaire et la titularité économique du fiduciaire, renforcée d'un droit de suite.

Le principe du numerus clausus des droits réels et le principe de la publicité

La titularité «réelle» simultanée du trustee et du bénéficiaire sur une même chose, caractéristique de l'institution du trust, trouve son fondement dans le droit de l'Equity dont la fonction primaire a été de servir de correctif à la Common Law dans la

⁶⁵ Thévenoz, p. 313 ss; selon Thévenoz/Dunant, p. 492, en consacrant un droit de distraction au profit du fiduciaire pour les choses mobilières et les créances acquises par le fiduciaire auprès de tiers, l'article 401 CO «a ouvert une brèche notable, mais encore très partielle» dans le principe de l'unité du patrimoine, voir ci-après 2.1.3.

⁶⁶ Watter, p. 245 ss.

⁶⁷ Thévenoz, p. 324.

⁶⁸ Watter, p. 245-246, et Thévenoz, p. 313 ss.

protection des droits des bénéficiaires. C'est sur cette base, dans un système de référence du droit continental de la propriété, que s'est instauré, pour la propriété, une dualité qui n'en est pas une.

La ségrégation entre le pouvoir d'administrer et de disposer d'une chose («*legal title*») et la prérogative de l'usage de cette même chose («*equitable title*») telle que l'institue le droit anglo-saxon du trust se heurterait à la notion de propriété retenue par le droit suisse: une et indivisible et dont toute limitation doit être expressément prévue par la loi en vertu du principe du *numerus clausus* des droits réels.

Selon Gubler, le principe du *numerus clausus* des droits réels constitue, avec le principe de la publicité, un des piliers de notre système juridique. Y renoncer créerait une brèche fondamentale dans ledit système⁶⁹:

«Darum ist es de lege lata nicht möglich, einem «Treuhand» neben dem Eigentum des Begünstigten ein vom Gesetz nicht vorgesehenes, absolut wirkendes Verwaltungsrecht oder, umgekehrt, dem Begünstigten neben dem Eigentum des Treuhänders (Fiduziar) ein neuartiges, auf den Nutzen beschränktes, dingliches Recht einzuräumen»⁷⁰.

Les auteurs récents, tels Watter et Thévenoz, estiment à la suite de Schnitzer⁷¹ que le concept du *numerus clausus* des droits réels est un concept purement dogmatique qui ne trouve pas de fondement dans le code civil.

Au demeurant, et comme nous l'avons déjà relevé, il nous paraît erroné de réduire l'essence juridique du trust à un dualisme de «nature réelle».

Certes, un même patrimoine est l'enjeu d'une double prérogative:

- celle du trustee, «titulaire juridique» erga omnes et disposant à cette fin des droits et pouvoirs que lui confère la Common Law.
- celle du bénéficiaire, attributaire effectif (ou économique) et disposant, en cette qualité, des moyens de droit que lui confère l'Equity.

Toutefois, ni les prérogatives du trustee, ni celles du bénéficiaire ne sont de nature réelle:

⁶⁹ Gubler p. 349a ss et p. 361a ss et Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 203a ss.

⁷⁰ Gubler p. 361a; Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 203a; Supino, p. 123 ss.

⁷¹ Schnitzer, *Trust und Stiftung*, p. 200; Schnitzer, *Die Treuhand (der Trust) und das Internationale Privatrecht*, p. 77: «... die Theorie des Numerus clausus der Sachenrechte ist in keinem Gesetz niedergelegt sondern eine rein wissenschaftliche Behauptung.» Voir aussi Watter, p. 245 ss.

Ainsi, si le trustee a formellement tous les attributs du propriétaire (notamment le droit de disposer de la chose), il n'en reste pas moins qu'il doit exercer ses prérogatives en conformité avec les stipulations du constituant, voire les instructions du juge, alors que les prérogatives du bénéficiaire sont de nature personnelle davantage que réelle: «... *the destinatory's rights are in ultimate analysis not «dinglich» but «obligatorisch»: ... they are valid only against those who for some special reason are bound to respect them.*»⁷².

En réalité, il serait plus juste de parler de «patrimoine affecté» spécial, dont le trustee serait le «titulaire juridique» et le bénéficiaire, le «titulaire économique, au bénéfice d'un droit de suite».

2.1.3 Le principe de la relativité des contrats

Le principe de la relativité des contrats, reconnu par le droit suisse, stipule que le contrat et, en particulier, la convention de fiducie n'a d'effet qu'entre les parties qu'il lie⁷³.

La subrogation «réelle» reconnue par le droit anglais qui, d'une part, sanctionne la titularité du bénéficiaire du trust sur les biens acquis ultérieurement par le trustee en remploi des biens originairement constitués en trust, et, d'autre part, institue en faveur du bénéficiaire un droit de suite sur les biens acquis par un tiers de mauvaise foi ou à titre gratuit, a pour effet d'assortir le droit personnel du bénéficiaire d'un caractère réel, et d'induire implicitement une dualité de propriété inconnue voire contraire au droit suisse.

Rappelons que dans l'arrêt *Feras Anstalt* contre Banque Vallugano (AFT 99 II 393), le Tribunal fédéral a admis d'appliquer à la fiducie-gestion les règles du mandat, et d'accorder au fiduciaire le bénéfice de la subrogation légale de l'article 401 CO.

Ce principe jurisprudentiel a fait l'objet de diverses restrictions dans son application, dont deux restrictions majeures: premièrement, la revendication du fiduciaire dans la faillite du fiduciaire ne peut porter que sur des biens et droits mobiliers à l'exclusion des immeubles; deuxièmement, la subrogation légale ne s'applique qu'aux

⁷² Mayer, citant Maitland, p. 121. Mayer compare le bénéficiaire au destinataire d'une fondation qui dispose, le cas échéant, d'un droit (une créance) à recevoir des prestations provenant du patrimoine trustal (Mayer, p. 120). Waters, *The institution of the trust*, p. 274 ss.

Comme nous l'avons relevé plus haut (1.2.2), il est vain de vouloir transposer un concept juridique dans un système juridique qui lui est étranger et dont il n'est pas issu.

⁷³ Engel, p. 18 ss, voir aussi note 61.

biens et droits acquis de tiers en exécution du contrat de fiducie, à l'exclusion des droits et biens acquis originairement du fiduciaire; (ATF 117 II 429). Eitel⁷⁴ a mis en cause cette restriction. Selon cet auteur, fiduciaire et fiduciant, peuvent convenir expressément, dans la convention de fiducie, que les biens sont remis au fiduciaire à titre conditionnel: la propriété du fiduciaire est assortie d'une condition résolutoire: elle est exercée aussi longtemps que le fiduciaire n'a pas déclaré, conformément au pactum fiduciae, exercer son «droit de retour», ou n'a pas revendiqué ses droits et biens dans une faillite ultérieure du fiduciaire. Jusqu'à ce moment-là le fiduciaire demeurerait également propriétaire, sa propriété serait assortie d'une condition suspensive, à savoir l'exercice du «droit de retour» ou de «revendication» qu'il se serait expressément réservé dans la convention de fiducie. Eitel admet, toutefois, que cette dérogation au principe de la propriété, une et indivisible, n'affecte que les droits et biens mobiliers à l'exclusion des immeubles pour lesquels un transfert de propriété conditionnel se heurterait au principe du numerus clausus des droits réels et de la publicité. Eitel propose que soit adoptée, de lege ferenda, une réglementation autorisant une annotation au registre foncier faisant état du fait que la propriété est grevée d'une condition résolutoire, ou faisant état de la relation fiduciaire.

Watter admet également que le transfert de biens⁷⁵ par le fiduciaire ou fiduciant puisse être assorti d'une condition résolutoire.

Thévenoz⁷⁶ estime en revanche que l'adoption d'une condition résolutoire dans le pacte de fiducie ne saurait avoir pour effet d'opérer une retransmission ipso iure de la propriété au fiduciaire sans que soit enfreint le principe de la tradition qui exige une mise en possession pour les choses mobilières et une inscription au registre foncier pour les immeubles:

«Admettre un retour immédiat et automatique du droit réel enfreindrait le principe de tradition (qui exige la mise en possession pour toute acquisition d'un droit réel ou, pour les immeubles, son inscription constitutive au registre foncier, cf. art 656 CC), mettrait en péril la sécurité du droit (le changement de titulaire s'opérerait sans qu'aucun fait extérieur ne le manifeste et sans même que le fiduciaire sache qu'il est à nouveau propriétaire), et consacrerait une propriété conditionnelle contraire au numerus clausus des droits réels.»

⁷⁴ Eitel, p. 265-267.

⁷⁵ Watter, notes 149-150 et note 116, en cela Watter est plus nuancé que Eitel. Ce dernier parle de propriété conditionnelle alors que Watter évoque, à juste titre à mon avis, une tradition ou mise en possession conditionnelle.

⁷⁶ Thévenoz, p. 337-338.

Thévenoz⁷⁷ propose que soit aménagé, de lege ferenda, un véritable droit de suite en faveur des bénéficiaires au sein desquels peut se compter le fiduciaire, droit de suite «qui permettrait à ses derniers de reconstituer le patrimoine fiduciaire lorsque le fiduciaire en a disposé en violation de ses obligations et que l'acquéreur le savait ou que les circonstances ne lui permettaient pas de l'ignorer (art. 3 al. 2 CC)».

«Ce droit de suite serait fondé sur l'absence de droit du fiduciaire de disposer aux termes de la convention de fiducie. Il présenterait une certaine analogie avec l'action mobilière de l'article 936 CC, fondée sur l'absence de pouvoir de disposer de l'aliénateur.»

La proposition de Thévenoz est convaincante à un double titre:

- elle s'inscrit dans le cadre de notre système juridique, du moins en ce qui concerne les biens mobiliers⁷⁸
- elle part d'une prémisse reconnue par la Common Law: l'existence d'un patrimoine séparé et affecté (un patrimoine fiduciaire); une prémisse qui n'est pas inconnue de notre droit si l'on se réfère, par exemple, au concept des fondations fiduciaires

Nous adhérons au point de vue de Thévenoz parce que dans la discussion d'une réception du trust dans notre système juridique, celle-ci doit s'élaborer à partir, et dans le respect, du cadre défini par notre système juridique.

D'autre part, le concept de propriété conditionnelle tel que développé par Eitel ne reflète pas la notion de droit d'usage et de possession concomitants sur un même bien de la Common Law, et s'inscrit à faux face à notre conception unitaire de la propriété.

2.1.4 Le principe de la révocabilité du mandat

A priori, une incompatibilité majeure existerait entre l'institution du trust, en principe irrévocable, et le caractère impératif du principe de la révocabilité du mandat, institué par l'article 404 du Code suisse des obligations⁷⁹.

⁷⁷ Thévenoz, p. 338.

⁷⁸ Pour ce qui concerne les immeubles, le principe de la publicité imposerait que l'on fasse état de la relation fiduciaire lors de l'inscription du fiduciaire au registre foncier.

⁷⁹ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 160 a; Gubler, p. 388a; Thévenoz, p. 369 ss, spéc. p. 341 pour la citation; Supino, p. 90.

Le Tribunal fédéral a confirmé dans l'arrêt ATF 115 II 464 que l'article 404 al. 1 CO est de droit impératif pour tous les mandats typiques ou atypiques, onéreux ou gratuits. Une jurisprudence au demeurant contestée par la doctrine. Cf. W. Fellmann, notes 132 ss ad article 404 CO, *Commentaire hernois*.

Thévenoz souligne, à juste titre, que l'article 404 CO est inadéquat en matière de relation fiduciaire. Il propose, à la suite de Werro, une distinction entre le pouvoir et le droit de révoquer:

«L'article 404 al. 1. CO confère au mandant et au mandataire le pouvoir de mettre fin au mandat en tout temps, sans préavis, sans justification et avec effet immédiat. L'exercice de ce pouvoir peut être néanmoins contraire au droit parce que la résiliation intervient en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), ou parce que l'auteur de la résiliation avait renoncé à son droit de résilier en temps opportun».

Le fiduciaire doit être autorisé, de lege ferenda, à stipuler une durée déterminée, à limiter son droit de résiliation sauf pour de justes motifs, ou à renoncer à tout droit de résiliation tout en conservant, en revanche, le droit de révoquer ou de faire révoquer le fiduciaire.

2.1.5 Les limites à la liberté de disposer à cause de mort imposées par le code civil suisse: la réserve héréditaire, l'interdiction des substitutions fidéicommissaires successives, et la fondation d'entretien

L'institution du trust se heurte également aux limites instituées par le Code civil suisse à la liberté de disposer à cause de mort.

La réserve héréditaire

- La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse (art. 90 al. 1 LDIP).

Le Code civil suisse réserve aux père et mère, au conjoint survivant et aux enfants du défunt, une quote-part appelée réserve héréditaire, qui doit être franche de toute charge (art. 470 CC). Or, la constitution d'un trust pourrait avoir pour effet, sinon de spolier les héritiers réservataires de leur réserve, du moins de grever cette dernière⁸⁰.

⁸⁰ Supino, p. 113-115; Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 206a-208a.

Rappelons que la réserve héréditaire s'élève à:

- Un étranger domicilié en Suisse peut toutefois soumettre sa succession par testament ou par pacte successoral au droit de l'un de ses États nationaux (art. 90 al. 2 1^{re} phrase LDIP).

Ainsi, un citoyen anglais domicilié en Suisse peut choisir le droit anglais comme droit applicable à sa succession, et établir un trust testamentaire dans le cadre du droit anglais.

Le droit anglais ne connaît pas la réserve héréditaire. Dans l'arrêt Hirsch contre Cohen, ATF 102 II 136 ss, le Tribunal fédéral a confirmé que le choix par le testateur de nationalité étrangère d'appliquer à sa succession sa loi nationale, qui ne connaît pas la réserve héréditaire, n'est pas contraire à l'ordre public suisse, national et international. Certains auteurs, notamment Bucher, ont critiqué la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il n'y a pas lieu d'entrer ici en matière sur cette polémique.

Schwander note dans son commentaire, (*Besonderer Teil*, note marginale 22 ad N. 366) que, au cours des travaux législatifs pour l'élaboration de la LDIP, il a été expressément renoncé à la prise en compte d'une disposition visant à protéger les héritiers réservataires domiciliés en Suisse. Selon l'auteur, ce renoncement ne devrait pas figer la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les conclusions prises dans l'arrêt Hirsch c. Cohen. Au contraire, notre Haute Cour serait autorisée à faire application de la clause d'ordre public de l'article 17 LDIP pour protéger des héritiers réservataires domiciliés en Suisse (descendants et conjoint survivant) et l'auteur de préconiser une modification législative voire jurisprudentielle dans le sens d'une protection minimale (la moitié) de la réserve héréditaire des descendants (et du conjoint survivant) domiciliés en Suisse.

A notre avis une modification législative ne s'impose pas, ce qui n'exclut pas une éventuelle correction jurisprudentielle si les circonstances du cas particulier l'imposent, par exemple, lorsque le choix du droit étranger relève de la *fraus legis*, c'est-à-dire de l'exercice abusif d'un droit en vue de contourner une norme d'interdiction du droit national, il s'agirait alors plus d'un cas d'application de l'article 18 LDIP (loi d'application immédiate) que de l'article 17 LDIP (réserve de l'ordre public) et de la clause d'exception de l'article 15 LDIP⁸¹.

- $\frac{1}{2}$ de la part successorale légale, pour le conjoint survivant
- $\frac{3}{4}$ de la part successorale légale, pour les descendants
- $\frac{1}{4}$ de la part successorale légale, pour les père et mère du défunt

Par pacte successoral, l'héritier réservataire peut renoncer à sa réserve.

⁸¹ Opinions dissidentes résumées par Solarsky, p. 194-195; Schwander, *Besonderer Teil*, note 22 ad N. 366; Othenin-Girard, p. 953-962, il est intéressant de noter que selon Othenin-Girard: «Les

- Il est tout à fait concevable qu'un citoyen suisse domicilié à l'étranger établisse une planification successorale conforme au droit de son domicile à l'étranger (y inclus règles de conflit) et crée un trust express privé testamentaire ou inter vivos. Qu'advient-il de la structure trustale testamentaire, voire inter vivos, mise en place par un citoyen suisse, en conformité avec le droit de son dernier domicile étranger, si, ultérieurement, notre compatriote retourne en Suisse pour y mourir, et que le droit suisse est applicable à sa succession en tant que *lex successiois*?⁸²

Nous proposons l'ébauche de réponse suivante:

L'article 91 LDIP ne s'applique que dans l'hypothèse où le citoyen suisse décède, domicilié à l'étranger: «Ausgangspunkt ist der Umstand, dass die Hauptnachlasszuständigkeit sich nicht in der Schweiz sondern im Ausland befindet.»⁸³

Or, avec le retour en Suisse du testateur, la prémisses d'application de l'article 91 LDIP n'est plus réalisée.

Nous nous retrouvons dans un contexte purement national.

C'est donc au regard des principes de la partie générale du DIP, notamment de la clause d'exception, de la fraude à la loi et du principe de l'unité de la succession qu'il convient d'examiner la validité ultérieure (après le retour en Suisse) d'une planification successorale stipulée par un citoyen suisse à l'étranger, en conformité avec le droit étranger de son lieu de domicile.

La clause d'exception

Aux termes de l'article 15 al. 1 LDIP, le droit désigné par la LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. La clause d'exception n'est pas applicable en cas d'élection de droit (article 15 al. 2 LDIP).

En l'espèce, les deux conditions cumulatives de l'article 15 al. 1 LDIP seraient remplies:

règles sur la réserve héréditaire, certes importantes en droit successoral suisse, ne nous permettent pas relever de valeurs fondamentales de l'ordre juridique. Et l'auteur, dont la thèse vient d'être publiée, postule aussi la mise en œuvre de la notion de fraude à la loi pour contrer d'éventuels abus du testateur.

⁸² Solarsky ne traite pas ce cas particulier qui présente pourtant une importance pratique certaine.

⁸³ Heini, *IPR Kommentar*, note 2 ad article 91 LDIP.

- existence d'un lien très lâche entre la succession ouverte en Suisse et le droit étranger du dernier domicile à l'étranger, déclaré applicable;
- existence d'une relation plus étroite avec le droit suisse: lieu d'ouverture de la succession, dernier domicile du défunt, nationalité du défunt.

L'article 15 al. 1 LDIP est donc applicable, et c'est au regard du droit suisse que doit être examinée la validité matérielle des dispositions successorales stipulées à l'étranger.

La fraude à la loi

La validité du contenu des dispositions successorales pourrait aussi être remise en question au regard de la notion de fraude à la loi définie comme la création artificielle d'un rattachement international dans un contexte exclusivement national, notamment dans le but de contourner des normes d'interdiction de droit national⁸⁴.

Dans l'arrêt, ATF 117 II 494 ss, le Tribunal fédéral a toutefois émis l'avis qu'il lui paraît douteux que l'article 15 LDIP puisse être invoqué en cas de fraude à la loi, car la disposition n'a pas été conçue pour réprimer les détournements du droit matériel suisse.

Le point de vue du Tribunal fédéral n'est pas contestable dans l'hypothèse où l'on a affaire à une éléction de droit: article 15 al. 2 LDIP. Or, si éléction de droit il y a, c'est au niveau de l'institution (le trust express privé). Le droit suisse applicable comme *lex successionalis* n'admet «l'éléction de droit» en matière successorale que dans les hypothèses définies par l'article 90 al.2 LDIP et 91 LDIP, qui ne sont pas applicables dans le cas d'espèce (citoyen suisse retournant en Suisse pour y décéder, domicilié). La mise en œuvre de l'exception de la fraude à la loi demeure donc réservée.

Principe de l'unité de la succession

Conformément au principe de l'unité de la succession (*Nachlassseinheit*), le droit applicable à la succession (statut successoral) régit, la totalité de la succession sans qu'il soit différencié entre éléments mobiliers et immobiliers et sans égard à la localisation des éléments patrimoniaux fondant la succession.

⁸⁴ Voir plus loin sous 2.3.2.

Citons au rang des dérogations au principe de l'unité de la succession l'article 86 al. 2 LDIP, qui reconnaît expressément la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation des immeubles, et la réserve en faveur des règles de conflit de loi étrangères de l'article 91 al. 1 LDIP⁸⁵.

En conclusion, il résulte de ce qui précède qu'en vertu du statut successoral qui impose le droit suisse, la validité du trust testamentaire, voire du trust inter vivos, mis en place par notre compatriote alors qu'il était domicilié à l'étranger en conformité avec le droit du for, pourrait être remise en question en cas de contravention aux règles sur la réserve héréditaire ou aux règles sur la prohibition des fidéicommiss de famille et des fondations d'entretien.

Thévenoz⁸⁶ est catégorique: un trust testamentaire ne peut être valablement créé que «*si la disposition testamentaire en question est valable à la forme et au fond au regard du droit applicable à la succession*». Or, si la loi applicable à la succession est le droit suisse, force est de reconnaître que le code civil suisse ne connaît pas la constitution d'un trust comme disposition à cause de mort. Dès lors, et en vertu du principe de *numerus clausus* des modes de disposer à cause de mort en droit suisse, «*une disposition d'un type inconnu du droit suisse est nulle de nullité absolue*». Pour Thévenoz, la conversion d'une telle disposition à cause de mort (trust testamentaire) nulle est difficile: impossible pour le discretionary trust, éventuellement concevable pour le fixed interest trust qui pourrait être converti en une succession de conditions ou de substitutions vulgaires ou fidéicommissaires, dans les limites de l'article 488 al. 2 CC.

Nous ne serions pas si catégorique: une conversion de la structure trustale testamentaire nulle en une donation sub modo, soit un complexe de deux libéralités dont l'une revêt la forme d'une stipulation pour autrui parfaite (fixed interest trust) ou la conversion en une fondation ordinaire (dans le cadre du discretionary trust) nous paraît concevable. De lege lata, une telle conversion serait limitée par les dispositions sur l'interdiction des substitutions fidéicommissaires au-delà du 2^e degré (art. 488 al. 2 CC) et l'interdiction des fidéicommiss de famille (art. 335 al. 2 CC).

Thévenoz admet, en revanche, la validité de la mise en place d'un trust inter vivos, validité qui pourrait être compromise dans l'hypothèse où, qualifié de libéralité, le trust inter vivos contreviendrait aux dispositions du code civil suisse (articles 470 à 480 CC) sur les réserves héréditaires, applicables dans la mesure où le droit suisse interviendrait comme *lex successionis*, en vertu des règles de conflit applicables.

⁸⁵ Schwander, *Besonderer Teil*, N 372 pour d'autres exemples.

⁸⁶ Thévenoz, *Trusts*, p. 44-57, sp. 49-57, notamment pour les citations à la page suivante.

Dans la mise en œuvre de la reconstitution des réserves lésées par la création d'un trust inter vivos, il convient, selon Thévenoz, d'examiner deux «types» de libéralités:

- a) Les distributions trustales effectuées par le trustee aux bénéficiaires avant le décès du settlor: il s'agit de donations entre vifs, en cette qualité exposées à réduction dans la mesure où elles ont été effectuées cinq ans avant le décès du settlor ou si elles ont été voulues par le défunt «dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve» (article 527 ch. 3 et ch. 4 CC).
- b) Le capital du trust au moment du décès du settlor qui représente des libéralités dont l'exécution est différée dans le temps.

Thévenoz souligne que selon que le capital ou fonds du trust est qualifié de libéralité entre vifs ou de libéralité à cause de mort, les conditions d'exercice et la portée de l'action en réduction seront diverses:

Dans le premier cas (libéralité entre vifs), «... l'action en réduction ne porte sur le fonds du trust que si le trust était révocable du vivant du settlor, si les biens ont été transférés au trustee dans les cinq ans précédant le décès, ou encore s'ils l'ont été «dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve» (art. 527 CC)».

Dans le second cas (libéralité à cause de mort), «... l'ensemble des biens en mains du trustee au jour du décès du settlor serait sujet à l'action en réduction dans la mesure nécessaire à constituer les réserves successorales (art. 522): le trust serait en réalité purement et simplement ignoré, son patrimoine intégralement assimilé aux biens existants de la succession». On se trouverait dans l'hypothèse examinée ci-devant, de trust testamentaire.

Le trust inter vivos se caractérise par le fait qu'il prend naissance du vivant du settlor, par le transfert au trustee des biens en trust selon les formalités légales requises. Il s'agit d'une libéralité entre vifs (dont l'exécution peut être différée dans le temps). L'action en réduction ne portera donc que sur les biens en trust transférés au trustee dans les cinq ans précédant le décès du settlor («... c'est le moment du dessaisissement qui est relevant et non le moment de l'enrichissement des bénéficiaires ultimes») ou si le trust était révocable, ou encore si le settlor avait «l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve» (art. 527 al. 4 CC). Pour Thévenoz «... une telle intention devrait être retenue si, de son vivant, le settlor était directement ou indirectement le bénéficiaire exclusif du trust; un tel trust devrait être considéré comme un mécanisme purement successoral destiné à éluder les règles sur la réserve». En effet, on peut se demander si les distributions faites aux bénéficiaires succédant au settlor décédé, et qui deviennent effectives au décès du settlor, ne doivent pas être qualifiées de libéralités mortis causa, ce qui rendrait la planification successorale non seulement sujette à réduction, mais même nulle si l'on s'en tient au principe du numerus clausus des dispositions à cause de mort.

On peut se demander si la conclusion catégorique qualifiant un trust testamentaire de nul – nullité absolue –, lorsque la loi suisse est déclarée applicable à la succession du settlor s'imposera encore après que le législateur suisse a introduit le concept d'un patrimoine fiduciaire autonome sur le modèle d'une fiducie renouvelée dont la codification est proposée et articulée par Thévenoz (voir annexe 6). Nous sommes d'avis que, une fois le concept d'un patrimoine fiduciaire autonome normativement établi, une planification successorale (trust testamentaire / trust inter vivos) garderait toute sa validité même sous l'empire du droit suisse, applicable au titre de *lex successionalis*. La validité de la planification successorale au moyen d'un trust express privé pourra, le cas échéant, être compromise si l'institution de trust constitue une disposition successorale excessive au regard des articles 522 et 528 CC, voire contrevient à l'interdiction des substitutions fidéicommissaires au delà du 2^e degré (art. 335 al. 2 CC), voire à l'interdiction des fideicommiss de de famille (art. 335 al. 2 CC). Au demeurant, et suivant le postulat émis par le professeur Thévenoz, un élargissement de la notion de fideicommiss de famille s'impose aussi sur la voie d'une reconnaissance de l'institution du trust (cf. ci-après 2.6).

L'interdiction des substitutions fidéicommissaires successives

Avec la substitution fidéicommissaire (art. 488 CC), le législateur autorise le testateur à désigner une personne physique ou morale, née ou à naître, appelée à succéder au second degré.

Le premier bénéficiaire, ou grevé, est tenu de remettre la succession à l'appelé telle qu'il l'a reçue, et à fournir des garanties à cet effet, à moins d'en avoir été dispensé par le testateur. Ce dernier peut aussi n'instituer qu'une substitution fidéicommissaire sur le reliquat. A l'ouverture de la substitution, les biens passent du grevé à l'appelé⁸⁷.

Animé par les mêmes restrictions de nature politico-sociales qui interdisent la mise en place de fideicommiss de famille (voir note marginale 89), le législateur a établi une prohibition des substitutions fidéicommissaires au-delà du deuxième degré.

A priori, le trust express privé mis en place pour servir de mesure de planification successorale est, en présence d'une pluralité de bénéficiaires qui se succèdent dans l'accès à l'usage et à la possession de la fortune trustale, comparable à une succession de substitutions fidéicommissaires. Bien que limitées dans le temps (rules of

⁸⁷ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 208a.

perpetuities and rules of accumulations), ces «successions dans l'usage et la possession» vont au-delà du deuxième degré. Dès lors, le trust express privé se trouve conceptuellement et fonctionnellement hors du champ de la substitution fidéicommissaire du droit civil suisse. Pour l'essentiel, les différences entre les deux institutions juridiques peuvent être résumées comme suit:

En droit anglo-saxon, le premier bénéficiaire d'un trust et les bénéficiaires subséquents jouissent, dans la plupart des cas, d'un droit acquis («vested interest») dans le trust, quand bien même le droit ou plus précisément «l'usage et la possession» de la fortune («corpus», capital, patrimoine) trustale ne pourra s'exercer qu'à l'extinction de l'usage et de la possession du bénéficiaire antérieur.

Les droits de l'appelé dans la substitution fidéicommissaire ne sont que conditionnels; ils ne naissent qu'à l'ouverture de la substitution. En vertu du principe de l'universalité de la succession, il est admissible de concevoir à propos de la substitution fidéicommissaire une propriété conditionnelle (propriété sous condition résolutoire pour le grevé, propriété sous condition suspensive pour l'appelé) sans que le principe de la tradition, voire le principe de l'unité de la propriété, soient enfreints⁸⁸.

De plus, si les bénéficiaires ultimes sont incapables d'entrer en possession de leur droit (par exemple parce qu'ils répudient, ou qu'ils sont décédés auparavant sans avoir laissé d'héritiers), les biens grevés de trust ne sont acquis ni au bénéficiaire antérieur ou à ses héritiers, ni aux trustees: ils reviennent au constituant du trust ou à ses héritiers sous la forme d'un «resulting trust», alors que, en droit suisse, le grevé de substitution est propriétaire des biens qui lui restent définitivement acquis en cas de décès prématuré ou répudiation de l'appelé.

La fondation d'entretien

La fondation se caractérise par l'affectation d'un patrimoine à un but spécial et durable. Le cercle des bénéficiaires, plus ou moins restreint, doit être défini par des critères objectifs. L'appartenance à une famille déterminée constitue un critère objectif, et il est dès lors en principe concevable d'affecter un patrimoine au cercle restreint des membres d'une famille donnée.

⁸⁸ Selon Piolet, les biens grevés de substitution constitueraient jusqu'à l'ouverture de la substitution un *patrimoine spécial*. Il y a alors deux successions à titre universel qui se suivent. A notre avis, ce point de vue n'est pas compatible avec le principe qu'en cas de prédécès de l'appelé, la succession soit acquise au grevé.

Supino, p. 110; Van de Sandt, p. 75 ss; Spirig, p. 194 ss.

Le législateur fédéral a toutefois érigé une double limite à la mise en place de telles fondations:

- Les biens affectés durablement au bénéfice des héritiers d'une même famille ne peuvent servir qu'au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance de ces héritiers ou à des buts analogues (article 335 al.1 CC).
- La fondation d'entretien et les fidéicomis de famille sont interdits en droit suisse (article 335 al. 2 CC).

Les restrictions politico-sociales⁸⁹ imposées par l'article 335 al. 2 CC rendent impropre, de lege lata, l'usage de la fondation de famille comme mode de transmission patrimonial à l'exemple du trust.

Il n'en reste pas moins qu'avec la norme de reconnaissance de l'article 150 LDIP, le trust express privé, en sa qualité de patrimoine organisé, est comparable fonctionnellement (voire conceptuellement) à la fondation des articles 80 ss CC (voir ci-après 2.4) et qu'un élargissement du but des fondations de famille s'impose dans le cadre d'une reconnaissance du trust de droit étranger (voir ci-après 2.6).

2.1.6 Le caractère institutionnel du trust et le rôle du juge

Comme le souligne Reymond, «...le trustee est lié par un statut (l'acte constitutif) auquel il doit se conformer»⁹⁰.

⁸⁹ Reymond, *Le trust et le droit suisse*, p. 172a ss-179a.

Riemer, *Systematisches Teil*, note 137: «... gleichzeitig sollten mit den Vermögenserträgen dieser Stiftungen weder Mühsigang und liederlicher Lebenswandel noch – jedenfalls nicht voraussetzungslos – der allgemeine Lebensunterhalt finanziert werden» (ratio legis de l'article 335 al. 2 CC).

Voir aussi l'arrêt ATF 93 II 439 ss, spéc. consid. 4.

Notons ici que la restriction de l'article 335 al. 2 CC s'étend aussi aux fondations dites non autonomes «unselbständige Familienstiftungen».

Voir aussi 2.3.2.

Il est intéressant de relever que Othenin-Girard (note 971) estime que la règle de l'article 335 al. 2 CC n'est pas l'expression de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, et dès lors ne relève pas de l'ordre public suisse. Autre avis: Bucher, DIP I/1, note 987: avec la réserve, toutefois, que le fidéicomis de famille doit avoir des liens d'une certaine importance avec la Suisse: héritier grevé domicilié en Suisse; activité du fidéicomis de famille en Suisse. Ce dernier point de vue relève, à notre avis, plus de la théorie de la fraude à la loi que de l'ordre public (voir aussi note marginale 120 ci-après).

⁹⁰ Reymond, *Le Trust et le droit suisse*, p. 192a; Vischer, IPRG Kommentar, notes 12 à 18 ad art. 150 LDIP; Von Planta, Basler Kommentar, notes 10 à 15 ad art. 150 LDIP; Schwander, p. 317 ss; Dutoit, commentaire LDIP, note 5 ad art. 150 LDIP; Message, note 292 (sans précisions).

Le trust est doté d'un caractère institutionnel inconnu dans notre système juridique, notamment parce que:

- le trust est destiné à durer (sous réserve des règles sur les perpétuités),
- le trustee est lié dans l'exercice de sa fonction aux dispositions contenues dans l'acte constitutif du trust et, au-delà, notamment en l'absence de telles dispositions, aux instructions du juge⁹¹,
- le patrimoine du trust constitue un patrimoine autonome (Sondervermögen), distinct du patrimoine du trustee,
- le trustee n'est ni le mandataire du constituant, ni celui des bénéficiaires.

Notons ici que l'on retrouve ce caractère institutionnel dans la fondation: comme le trust, la fondation est destinée à durer; le patrimoine de la fondation est affecté et autonome, il est doté de la personnalité juridique; l'autorité de surveillance des fondations assume non seulement un rôle répressif mais encore préventif (par exemple, directives de placement, examen des règlements, etc...).

2.1.7 Conclusion intermédiaire

Comme le souligne à juste titre Schnitzer⁹², ce n'est pas parce que le trust n'existe pas dans notre ordre juridique qu'une reconnaissance du trust, valablement constitué selon la législation étrangère, devrait être exclue: *«Die blosse Tatsache, dass das gleiche Rechtsinstitut in dem Lande, dessen Anerkennung verlangt wird, nicht besteht, ist nach heutiger Rechtsauffassung kein Grund, die Anerkennung zu verweigern.»*

C'est ce qu'a réalisé le Tribunal fédéral, à sa manière, dans l'arrêt Harrison⁹³.

⁹¹ Le Juge de la Chancery division de la High Court (jusqu'au 19^e siècle Chancery Court) exerce à la fois des fonctions de nature juridictionnelle et de nature tutélaire vis-à-vis du trustee: le juge peut adresser des injonctions au trustee, le condamner à des restitutions, le déclarer responsable sur son patrimoine personnel, le relever de ses fonctions. Le juge peut aussi vérifier si les pouvoirs discrétionnaires conférés au trustee par l'acte constitutif sont exercés de manière rationnelle; autoriser le trustee à accomplir un acte de disposition que l'acte constitutif ne lui reconnaît pas, autoriser le transfert à l'étranger du centre d'administration du trust, mettre fin au trust à la requête des bénéficiaires avant l'échéance ou le terme fixé par le constituant.

Pour la Suisse et le rôle préventif joué par l'autorité de surveillance des fondations, voir Grüninger, Basler Kommentar, note 12 ad art. 84 CC.

⁹² Schnitzer, *Trust and Stiftung*, p. 213.

⁹³ ATF 96 II 79, JT 1971 I 329.

2.2 L'approche comparative ou fonctionnelle: l'arrêt Harrison

En 1919, Francis Harrison, citoyen américain constituait, avec sa future épouse Selena Wrentmore et The Farmer Loan and Trust Company of New York, un trust dont le but essentiel était de régler les conséquences pécuniaires en cas de divorce des époux Harrison.

En 1928, Harrison divorçait de son épouse avec laquelle il avait eu trois enfants, et constituait un nouveau trust en transférant de manière irrévocable au Crédit Suisse à Zurich, en qualité de trustee, une partie du capital placé dans le premier trust et qui était revenu à Harrison lors du divorce, à charge pour la banque suisse de gérer le capital, d'en verser le revenu à Harrison et à son ex-épouse tant que Harrison serait en vie et, à la mort de Harrison, de distribuer le capital à parts égales aux trois enfants issus de l'union avec Selena Wrentmore. Un avenant au trust instituait Zurich comme for juridique et soumettait aux tribunaux ordinaires zurichois toutes les questions relatives à l'interprétation, à l'existence et à la validité du trust. Par testament ultérieur séparé, Harrison institua sa seconde épouse Maria Harrison héritière unique de sa succession et exécutrice testamentaire.

Harrison décéda aux Etats-Unis d'Amérique où il avait eu son dernier domicile. Sa seconde épouse ouvrit action contre le Crédit Suisse devant le Tribunal de district de Zurich pour faire constater la nullité ou l'invalidité du trust et obliger la défenderesse et trustee à lui remettre le capital du trust.

Partant d'une qualification contractuelle (le litige opposant la banque à l'épouse survivante du constituant et bénéficiaire du trust), le Tribunal fédéral appliqua, en l'absence d'une élection de droit, le droit suisse comme droit du pays du siège du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce le trustee (le Crédit Suisse à Zurich).

Reconnaissant que le trust n'existe pas en droit suisse, le Tribunal fédéral procéda à une approche comparative ou fonctionnelle, en recherchant dans le système juridique suisse l'institution de droit suisse à même de remplir les fonctions assignées au trust.

Le Tribunal fédéral retint quatre institutions juridiques dont les identités fonctionnelles fragmentaires combinées étaient à même de correspondre à l'identité fonctionnelle unitaire du trust en question. Les quatre institutions juridiques retenues étaient:

- le mandat,
- le transfert de propriété à titre fiduciaire,
- la donation et
- la stipulation pour autrui.

En l'espèce, les circonstances de fait ont permis à chacune des institutions du droit suisse retenues par le Tribunal fédéral de trouver application, grâce à la combinaison de leurs identités fonctionnelles fragmentaires, alors même que, prises individuellement, elles contiennent dans leur essence juridique spécifique des éléments inconciliables avec la notion de trust, par exemple:

- le caractère impératif de la libre révocabilité du mandat consacré par l'article 404 CO;
- l'ambiguïté du transfert de propriété à titre fiduciaire: le fiduciaire du droit suisse devenant pleinement propriétaire alors que le trustee n'est investi de prérogatives découlant de la propriété (à ce titre, titulaire «erga omnes») que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de son devoir d'administration des biens constitués en trust;
- le caractère bilatéral de la donation alors que le trust est un acte unilatéral;
- le stipulant a la faculté d'exiger du promettant l'exécution de la promesse alors que le rôle du settlor s'achève avec la constitution du trust⁹⁴.

Le caractère fortuit de nombre d'éléments pris en considération dans l'élaboration de la décision du Tribunal fédéral fait que l'on ne saurait considérer cet arrêt comme un arrêt de référence en matière de trust. L'exclusivité de la sentence ne saurait, elle non plus, lui conférer ce caractère.

Si l'entrée en vigueur de la LDIP, notamment l'art. 150 LDIP qui reconnaît le trust comme patrimoine organisé, fait apparaître la méthode de conversion appliquée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Harrison comme désuète, il n'en reste pas moins que les autorités fiscales continuent, en l'absence de normes de réception et de reconnaissance fiscale du trust, à opérer par la voie de l'approche comparative ou fonctionnelle. Elles procèdent à une qualification dans la mesure où il s'agit d'intégrer à la fiscalité suisse une institution de droit étranger, ignorée des normes fiscales. Au cours de ce processus de qualification, elles appliquent une interprétation autonome de la norme fiscale⁹⁵.

L'approche comparative ou fonctionnelle est un des aspects de la qualification; elle s'impose chaque fois qu'il s'agit d'intégrer des concepts juridiques étrangers au droit du for: «... le fait que les concepts juridiques et les catégories ne se recouvrent pas d'un système à l'autre implique souvent une recherche menée à partir des faits bruts et des conséquences juridiques qu'ils produisent dans le système juridique étranger en cause. C'est le cas, par la force des choses, lorsque des institutions de droit étranger, inconnues du droit du for doivent être intégrées.»⁹⁶.

⁹⁴ Voir aussi Supino p. 81-133 pour le catalogue des institutions de droit suisse fonctionnellement comparables au trust: p. 81-133.

⁹⁵ Cf. voir plus bas, titre III.

⁹⁶ Knoepfler/Schweizer, p. 136-137.

Or, un tel processus d'intégration, et donc de qualification, s'impose en droit fiscal où il n'existe pas de norme de réception voire de norme de reconnaissance du trust. A fortiori, chaque fois que la norme fiscale recourt à des notions de droit privé pour définir la transaction imposable (impôt sur les donations et successions).

Il ne s'agit donc pas de comparer des concepts juridiques qui ne se prêtent pas à la comparaison puisqu'ils résultent de systèmes juridiques incompatibles (civil law / common law), mais de comparer des fonctions juridiques équivalentes dont le fondement structurel peut, au demeurant, être comparable ou différent⁹⁷.

La variété fonctionnelle du trust, qui résulte du principe de l'autonomie de la volonté reconnue au constituant, établit une multiplicité de «*facts bruts et de conséquences juridiques qui leur sont liés*», et pourrait entraîner l'établissement d'un catalogue d'inscriptions du droit suisse, fonctionnellement mais non structurellement analogues⁹⁸.

Dans le cadre du trust express privé mis en place comme instrument de planification patrimoniale et successorale, citons, en sus du mandat, du transfert de propriété à titre fiduciaire, de la donation et de la stipulation pour autrui, retenus par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Harrison, la fondation (autonome et non autonome); l'usufruit; la substitution fidéicommissaire; la rente viagère.

Lorsqu'il s'agit non pas d'intégrer un concept juridique étranger à notre système juridique mais de le reconnaître, l'approche comparative fonctionnelle doit céder le pas à une approche comparative au niveau des concepts ou à une approche comparative structurelle. Il s'agit d'examiner si la structure juridique étrangère entre dans la catégorie juridique retenue «*Verweisungsbegriff*» ou si, inversement, la catégorie juridique retenue «*Verweisungsbegriff*» est applicable aux relations juridiques établies par une structure juridique donnée: «*...es müssen vielmehr die in Frage kommenden Verweisungsbegriffe einzeln daraufhin überprüft werden, ob sie sich auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Struktur oder auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Funktion beziehen.*»⁹⁹. Si c'est le cas, la structure de droit étranger bénéficie d'une reconnaissance, ipso iure, dans le système de droit du for¹⁰⁰.

C'est la démarche consacrée par l'article 150 LDIP et par la Convention de la Haye (article 2)¹⁰¹.

⁹⁷ Dreyer, p. 45.

⁹⁸ Supino, p. 81-133, voir aussi 2.1 ci-dessus.

⁹⁹ Mayer, p. 21.

¹⁰⁰ Schwander, notes 714-723.

¹⁰¹ Mayer, p. 22: «*Die funktionelle Qualifikationsmethode hat im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsbegriff des Art. 150 IPRG keine Bedeutung. Sowohl Gesellschaft als auch die beiden Unterbegriffe organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten sind Begriffe, die auf die rechtliche Struktur der zu erfassenden Rechtsverhältnisse Bezug nehmen, und nicht auf deren Funktion.... Die*

2.3 Vers une reconnaissance du trust: les articles 150 et 154 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)

Avec l'entrée en vigueur de la LDIP, l'article 150 al. 1 LDIP offre au trust valablement constitué à l'étranger une plate-forme de reconnaissance.

2.3.1 Les articles 150 et 154 LDIP

En l'absence d'une ratification de la Convention de la Haye par la Suisse, la doctrine est unanime pour admettre que l'article 150 al. 1 LDIP constitue l'actuelle norme de reconnaissance pour le trust express privé de droit anglo-américain¹⁰².

L'article 150 LDIP, qui ouvre le chapitre consacré au droit international privé des sociétés, contient une définition légale du terme «société»:

«... für den Gesellschaftsbegriff enthält das IPR Gesetz insoweit eine IPR-eigene Sachnorm, als weder die lex fori noch die lex causae bestimmt, welche Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesellschaft im begrifflichen Sinne gegeben sein müssen, sondern das IPR-Gesetz selbst die begriffsnotwendigen Gesellschaftselemente bezeichnet»¹⁰³.

Stiftung beispielsweise ist wegen ihrer Eigenschaft als abstrakter Träger von Rechten und Pflichten als Gesellschaft zu qualifizieren, und nicht wegen der Funktionen, die sie erfüllt.»

¹⁰² Vischer, IPRG Kommentar, notes 12 à 18 ad art. 150 LDIP; Von Planta, Basler Kommentar, notes 10 à 15 ad art. 150 LDIP; Schwander, p. 317 ss. Comme le note Klein (p. 481), à juste titre, l'article 150 LDIP ne permet toutefois aucune conclusion quant aux effets de la reconnaissance d'un trust: «Force est ainsi de revenir aux principes généraux»; Dutoit, commentaire LDIP, note 5 ad art. 150 LDIP; voir aussi la thèse de Mayer, *Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, citée dans la bibliographie; Message, note 292 (sans précisions).

A côté de la qualification de «patrimoine organisé» de l'article 150 LDIP, Thévenoz (*Trusts*, p. 36-38) note que le trust peut encore faire l'objet d'une qualification contractuelle ou d'une qualification successorale. La qualification contractuelle n'est toutefois pas compatible avec le caractère unilatéral de l'acte juridique qui crée le trust; elle ne se prononce pas sur le statut des biens en trust et devient problématique si le settlor n'a pas procédé à une éléction de droit. Quant à la qualification successorale, Thévenoz la rejette: le trust en tant que relation durable entre trustee et bénéficiaires n'est pas une institution successorale.

¹⁰³ Schwander, note 716. Dans la mesure où l'article 150 LDIP contient une définition légale, c'est, à mon avis, également une norme de «reconnaissance», voir les considérations qui précèdent sous 2.2 *in fine*.

Est une société au sens de l'article 150 al. 1 LDIP: «... toute société de personnes organisée et tout patrimoine organisé.»

S'agissant du trust, c'est plus particulièrement la notion de «patrimoine organisé» qui nous intéresse. Selon le Message, le patrimoine organisé englobe les associations et les fondations, les Anstalten du droit privé sans égard au fait qu'elles aient ou non la personnalité juridique, les fonds de placements et les trusts dans la mesure où ils constituent un patrimoine suffisamment organisé. Le Message (note 292) parle de «certaines formes de trust» sans autres précisions. Par quoi il faut entendre, selon Dutoit, les express trusts créés par la volonté expresse du settlor.

Von Planta, et Vischer précisent néanmoins qu'il y a lieu de distinguer, parmi les trusts express privés:

- ceux qui confèrent au trustee une responsabilité autonome («*Eigenverantwortlichkeit*») allant au-delà de la simple gestion et administration du patrimoine en trust d'une part¹⁰⁴;
- les trusts express privés n'octroyant au trustee qu'un simple pouvoir de gestion et d'administration en faveur de bénéficiaires désignés et ayant des quotes-parts fixées par le constituant d'autre part, et
- troisièmement, les trusts express privés dans l'acte constitutif desquels le constituant s'est expressément réservé un droit de révocation.

Seuls les trusts de la première catégorie entreraient dans la définition de «la société» retenue par l'art. 150 LDIP. «Les autres trusts» n'entreraient pas dans cette définition car leur patrimoine serait insuffisamment organisé au sens de cet article. Ces trusts n'auraient pour effet que d'établir des relations de type contractuel; leur «statut» relèverait du droit des contrats et non du droit des sociétés.

C'est là un point de vue discutable si l'on retient que le trust constitue un patrimoine affecté qui se singularise, notamment en raison du pouvoir interventionniste du juge, par son caractère institutionnel.

Nous partageons plutôt l'avis de Klein contre celui de Vischer et von Planta:

Klein¹⁰⁵ estime que l'art. 150 LDIP s'applique à tous les trusts constitués expres-

¹⁰⁴ Ce serait le cas de trusts discrétionnaires investissant le trustee du pouvoir de désigner des destinataires ou, par exemple, le cas de trusts dans le cadre de l'administration desquels le trustee est appelé à gérer une entreprise ou une collection d'œuvres d'art (voir Von Planta, Basler Kommentar, note 13 ad art. 150 LDIP).

¹⁰⁵ Klein, *Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG*, BJM, 1989, p. 362-363. Lorsque le constituant s'est réservé le droit de révoquer le trust, le patrimoine trustal quitte la sphère économique du constituant et y «revient» sous forme de «resulting trust» après que le constituant a exercé son pouvoir de révocation (voir 3.7.1.1). Voir aussi Supino, p. 154-166 et SJ 2000 I 271.

sément sur la base d'un acte constitutif écrit, à savoir à tous les trusts express privés, sans qu'il soit nécessaire d'opérer des sous-distinctions selon l'étendue des pouvoirs dont est investi le trustee, notamment vis-à-vis des bénéficiaires.

Notons que la Convention de La Haye ne fait pas cette sous-distinction¹⁰⁶.

Il convient de voir dans le trust express privé une institution juridique unitaire, *sui generis*.

Comme le souligne Mayer¹⁰⁷:

«Nach den bisherigen Feststellungen zu seinem Wortlaut bezeichnet der Begriff organisierte Vermögenseinheit ein eigenständiges Rechtsgebilde zur Verfolgung bestimmter Zwecke, dem ein Vermögen, Teilvermögen oder Zweckvermögen zugeordnet ist. Das Erfordernis der Eigenständigkeit ist beim Trust erfüllt. Der Trust ist eine in Bestand und Identität von den an ihm beteiligten Personen unabhängige «legal entity», eine «Vermögensgemeinschaft mit eigener Rechtsphäre und eigenen Rechten und Pflichten». Mit seiner Errichtung wird er der «Rechtsphäre und Verfügungsgewalt seines Schöpfers» entzogen und besteht danach unabhängig von diesem weiter. Ebenso ist er mehr als ein blosses Rechtsverhältnis zwischen der Person des Trustee und der Person des Begünstigten. Das Erlöschen eines einzelnen Rechtsverhältnisses durch Ausscheiden eines Trustee oder Begünstigten wie auch das Hinzukommen neuer Trustees lassen den Trust grundsätzlich unberührt. Bei seiner Entstehung ist ein Rechtsverhältnis zwischen Trustee und Begünstigtem unter Umständen noch gar nicht vorhanden, zum Beispiel weil der Trustee noch nicht angenommen hat, oder weil er noch gar nicht bestimmt ist. Die Stellung des Trustee ist vielmehr die eines Organs (bzw. Organträgers), dessen Person nur in ihrer Organfunktion mit dem Trust verbunden ist und ausgewechselt werden kann, ohne dass der Trust dadurch in Bestand oder Identität berührt wird.» (avec de nombreuses références).

Mayer¹⁰⁸ va jusqu'à reconnaître au trust la qualité de patrimoine autonome à l'instar de la fondation:

«Meines Erachtens ist aber eine Betrachtungsweise vorzuziehen, wonach der Trust nicht die Verselbständigung eines Zweckvermögens, sondern wie die Stiftung ein selbständig existierender Träger eines solchen ist. Er ist zwar im Gegensatz zur

¹⁰⁶ Art. 2 de la Convention de la Haye.

¹⁰⁷ Mayer, p. 103.

¹⁰⁸ Mayer, p. 105.

Stiftung nicht unmittelbar Vermögenssubjekt; er ist es aber mittelbar über seine Organe, die Trustees, die das Treugut für ihn innehaben.»

et plus loin¹⁰⁹:

«Der Vergleich zwischen Trust und Stiftung zeigt, dass die gängigen Stiftungsdefinitionen bei Weglassen des Elements der Rechtspersönlichkeit grundsätzlich auch auf den Trust passen. Unterschiede in der Grundstruktur ergeben sich zu einem grossen Teil aus der fehlenden Rechtsfähigkeit und sind für die Frage der Subsumption unter Art. 150 IPRG zum Teil auch sonst nicht erheblich. Eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Trust wäre also von der Funktion des Unterbegriffs organisierte Vermögenseinheit her, der Erstreckung des Gesellschaftsbegriffs von Art 150 IPRG auf anstaltsähnliche Gebilde, ohne weiteres zu befürworten.»

A notre avis, il n'est pas nécessaire, dans le cadre de l'article 150 LDIP, d'étendre le raisonnement jusqu'à comparer le trust à la fondation. La notion de patrimoine organisé est suffisamment large pour englober un patrimoine affecté, séparé des patrimoines personnels du constituant et du trustee, à l'instar du trust express privé.

La comparaison avec la fondation relève d'une approche fonctionnelle et non structurelle (cf. plus haut 2.2), qu'il peut se justifier d'appliquer lorsqu'il y a lieu, comme en matière fiscale, d'intégrer le trust à notre système juridique pour en appréhender fiscalement les effets patrimoniaux. Comme nous le verrons plus loin (cf. 3.3.3) la comparaison avec la fondation autonome s'impose seulement là où, comme dans le cas du trust discrétionnaire, le bénéficiaire n'a qu'une expectative au regard du patrimoine trustal, et où le trust, à l'instar de la fondation, devient l'attributaire du patrimoine qui lui est affecté, à la rigueur au travers des trustees agissant comme organes¹¹⁰.

Dans la mesure où l'acte constitutif du trust (trust deed) consitue la charte autour de laquelle le patrimoine en trust, son administration et son affectation s'organisent tout en déterminant l'étendue des pouvoirs des trustees, la loi déclarée applicable au trust, dans l'acte constitutif, vaut, à notre avis, loi applicable au sens de l'article 154 LDIP¹¹¹.

¹⁰⁹ Mayer, p. 111.

¹¹⁰ Voir la citation de Mayer, à laquelle se réfère la note 107 ci-dessus.

¹¹¹ «Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait» (art. 154 LDIP).

La loi applicable régit le statut personnel du trust. Il s'agit selon nous d'une véritable élection de droit¹¹².

Contrairement aux avis exprimés par Vischer, von Planta et Schwander (voir notes marginales 102 et 113), nous estimons que, même en l'absence d'un accord de la part du trustee, il y a élection de droit de la part du constituant. Le cas du trust n'est pas assimilable au cas de la société où le choix du siège qui détermine l'ordre juridique définissant le statut personnel de la société peut être purement casuel, voire fictif. La loi déclarée applicable au trust par le constituant relève d'un régime juridique ayant «reçu» le trust (connaissant le trust), l'élément fraude à la loi (au sens du droit civil) s'actualise, à notre avis, à un échelon intellectuel antérieur, soit lors du choix de l'institution juridique du trust et de la mise en place de la structure trustale, notamment, lorsqu'il s'agit pour le constituant, par «l'internationalisation» de la structure choisie, de contourner une «interdiction de but» si tant est que celle-ci ait un caractère d'ordre public ou le caractère d'une norme d'application immédiate. Pour le cas de l'art. 335 CC, cf. plus bas 2.3.2.

2.3.2 La réserve de la fraude à la loi

Il est certes légitime de se demander à la suite de Thévenoz si des normes de reconnaissance comme l'article 150 LDIP n'ont pas pour conséquence que notre droit reconnaît les effets d'institutions de droit étranger au risque de permettre le détournement de règles impératives qui encadrent et parfois enserrrent les institutions du droit suisse.

La concurrence d'ordres juridiques différents résultant de la mobilité accrue des capitaux et des personnes et d'une internationalisation croissante des rapports juridiques et économiques souligne l'acuité d'une telle question.

Toutefois, le Tribunal fédéral a de tout temps favorisé la théorie de l'incorporation.

C'est la loi de l'Etat du siège statutaire qui est applicable au statut personnel de la société, sous réserve d'appliquer la loi du siège effectif, là où le siège statutaire devrait s'avérer fictif et choisi aux seules fins de frauder la loi du siège réel.

Cette jurisprudence a été confirmée une dernière fois dans l'arrêt *Fondation X contre Y et consorts* (ATF 108 II 398 ss).

Dans l'arrêt *C. Inc. contre F. Inc., X.Y.* (ATF 117 II 494), le Tribunal fédéral a définitivement opté pour la théorie de l'incorporation tempérée uniquement par la mise en œuvre de rattachements particuliers.

¹¹² Voir aussi *Dyer/Van Loon*, p. 70-72; SJ 2000 I, p. 269; Thévenoz, *Rapport*, p. 32.

*Arrêt Fondation X. contre Y. et consorts*¹¹³

Dans cet arrêt, R., résidant à Genève, avait constitué à Vaduz une fondation de famille selon le droit Liechtensteinois dans le but de servir à son entretien et à celui de sa famille. Selon la jurisprudence consacrée de l'époque, il y a siège fictif (et dès lors fraude à la loi) lorsque «... le siège choisi est sans rapport avec la réalité des choses et qu'il a été choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale, en fait, exerce son activité et a le centre de son administration.» (ATF 108 II 392 consid. 3 c).

Il faut, selon le Tribunal fédéral, «... dissociation entre le siège statutaire et le siège réel et d'autre part fraude à la loi». En l'espèce, a jugé le Tribunal fédéral:

«... il ressort des constatations de fait que la fondation demanderesse (Stiftung) que R. a statutairement créée et établie au Liechtenstein, conformément au droit de ce pays, n'y exerce aucune activité, qu'elle n'y a ni siège réel, ni même de «boîte aux lettres». Toute l'activité de cette fondation s'est exercée à Genève. Au surplus, son but est de servir l'entretien de R. et de sa famille, et son unique activité, exercée par R. seul, a été de faire des placements spéculatifs de liquidités auprès de la défenderesse. Le siège liechtensteinois de la demanderesse constitue donc bien un siège fictif, au sens de la jurisprudence. Ce siège statutaire est sans rapport avec la réalité, à savoir une activité et une administration totalement centrées à Genève.»...

«Par ailleurs, la création de la fondation, avec siège statutaire au Liechtenstein, a non seulement été réalisée en vue d'éluider la loi fiscale suisse, mais elle a aussi détourné les importantes restrictions imposées par la loi suisse quant aux buts des fondations. Les fondations dites d'entretien sont illicites en droit suisse; ce sont en effet des fondations qui accordent à une personne ou à des membres de la famille, la jouissance de la fortune de la fondation ou de ses revenus; elles offrent des prestations qui sortent du cadre de l'art. 335CC et de l'énumération exhaustive des buts possibles figurant dans cette disposition, et elles ont pour effet d'éluider l'interdiction de constituer des fidécumms de famille (ATF 93 II 448ss, consid. 4).»...

¹¹³ Cet arrêt passe en revue la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis l'arrêt Vernet (ATF 76 I 155 ss).

Voir aussi Vischer, IPRG Kommentar, notes 12 à 15 ad art. 154 LDIP; von Planta, Basler Kommentar, notes 1 à 8 ad art. 154 LDIP; Schwander, notes 748-773; Dutoit, note 6 ad art. 154 LDIP.

«Les conditions jurisprudentielles de la dissociation entre le siège réel et le siège statutaire de la fondation d'une part, de la fraude à la loi d'autre part, sont ainsi réalisées en l'espèce. C'est par conséquent le droit suisse, soit le droit du siège effectif, qui doit être appliqué pour déterminer le statut personnel de la fondation litigieuse.»

«La fondation demanderesse étant illicite au regard du droit suisse, puisque son but n'est pas conforme aux exigences strictes exhaustives de l'art. 335CC, elle doit être déclarée nulle, soit inexistante et dépourvue de la personnalité juridique (art. 52 al. 3CC; ATF 93 II 448ss, ATF 73 II 81).»

Arrêt C. Inc. contre F. Inc., X. Y.

Dans un arrêt C. Inc. contre F. Inc., X.Y. du 17 décembre 1991, le Tribunal fédéral, jugeant sous l'empire de la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé, a résolument opté pour la théorie de l'incorporation, tempérée uniquement par quelques rattachements particuliers dans certains cas précis (articles 156 à 161 LDIP), en excluant la réserve du siège fictif fondée sur la notion de fraude à la loi.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait à juger de la capacité d'être partie, et, dès lors, de l'existence de la personnalité juridique d'une société de droit panaméen, C. Inc. dont le siège statutaire était à Panama.

C. Inc. était, à son tour, contrôlée par une fondation au Liechtenstein, dont le bénéficiaire était un résident libanais. Le siège panaméen avait été choisi pour des motifs d'ordre pratique et de discrétion, la société panaméenne était en fait gérée et administrée depuis Genève par le frère du résident libanais.

Se fondant sur le texte de la Loi fédérale sur le droit international privé, le Tribunal fédéral jugea que:

«Le nouveau droit a consacré la théorie de l'incorporation. Aux termes de l'article 154 al. 1 LDIP, les sociétés sont régies par le droit en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. Ce n'est que si la société ne remplit pas les conditions précitées qu'elle sera régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait (art. 154 al. 2 LDIP). Le droit ainsi désigné est applicable notamment à la jouissance et à l'exercice des droits civils, sous réserve des art. 156 à 161 LDIP, (art. 155 lettre e LDIP).» (ATF 117 II 494 ss. consid. 4b).

A la question de savoir si l'on est en présence d'une lacune à combler ou d'un silence qualifié, du fait que la LDIP n'a pas prévu expressément la réserve du siège fictif fondée sur la notion de fraude à la loi, le Tribunal fédéral, en se fondant sur les travaux préparatoires et la systématique de la LDIP, conclut comme suit:

«...il apparaît que le législateur a opté résolument pour la théorie de l'incorporation, tempérée uniquement par quelques rattachements particuliers dans certains cas précis où il l'estimait nécessaire».

«Dans ces conditions, admettre la réserve du siège fictif fondée sur la fraude à la loi reviendrait finalement à introduire la théorie du siège effectif «par la petite porte», contrairement aux intentions du législateur. Il ne faut pas perdre de vue non plus que le rattachement au droit du siège effectif en cas de fraude à la loi conduirait le plus souvent à l'inexistence de la société en droit suisse, ce que la LDIP tend précisément à éviter. En conclusion, l'interprétation de la loi ne révèle pas l'existence d'une lacune occulte» (ATF 117 II 501 consid. 6c).

Au surplus, le Tribunal fédéral reconnaît que la théorie de l'incorporation est également tempérée par les dispositions de la partie générale de la LDIP, notamment par les articles 15 (clause d'exception), 17 (réserve de l'ordre public suisse), 18 (application de dispositions impératives du droit suisse).

Au sujet de l'application de l'article 15 LDIP, le Tribunal fédéral note toutefois *«...cette disposition n'a pas été conçue pour réprimer les détournements de la loi suisse, mais pour permettre au juge de trouver, dans l'intérêt des parties, la solution la plus adéquate dans une cause donnée», «...vu la ratio de l'art. 15 LDIP, il paraît ainsi douteux qu'il puisse être invoqué en cas de fraude à la loi.»* De plus, note le Tribunal fédéral en citant Perrin: *«Le fait de choisir une forme sociale étrangère peut être assimilé à une éléction de droit, or le recours à l'art. 15 LDIP est précisément exclu dans ce cas là.»*

Examinant l'application de la réserve de l'ordre public suisse et l'application des dispositions impératives du droit suisse, le Tribunal fédéral conclut en l'espèce que rien, dans les faits, ne permet de conclure à une violation des mœurs et du sentiment du droit en Suisse pour ce qui est de l'ordre public. Quant aux dispositions du droit suisse des sociétés en matière de «*constitution*», elles n'ont pas le caractère de dispositions impératives répondant à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique.

Cet arrêt, qui a été favorablement accueilli par la doctrine¹¹⁴ en ce qu'il répond au souci de la sécurité juridique, a aussi fait l'objet de vives critiques, notamment de la part de Reymond et Perrin¹¹⁵.

Reymond souligne, à titre liminaire et très pertinemment que: «...il est un peu regrettable que le Tribunal fédéral ait choisi ce litige, dont les faits ne présentaient aucune particularité intéressante, (en particulier aucun fait ne révélait la présence d'une *fraus legis*) pour régler l'importante question des limites à la théorie de l'incorporation.»

Pour Reymond, l'art. 154 LDIP, tout en consacrant la théorie de l'incorporation (en cas de dissociation entre siège statutaire et siège réel, c'est le siège statutaire qui prévaut), n'a nullement exclu la réserve de la fraude à la loi. C'est à partir des normes d'interdiction du droit de fond que doit s'établir l'interprétation des règles de conflit de lois. Dès lors il convient, en présence d'une interdiction de but telle que celle établie par l'article 335CC, que le juge interprète de manière restrictive la règle de conflit qui permettrait, apparemment de manière licite, d'atteindre le but prohibé: la liberté, voire le droit de choisir le lieu d'incorporation d'une personne morale trouve ses limites dans les règles de la bonne foi et de l'abus de droit.

Pour Perrin, la théorie de l'incorporation de l'art. 154 LDIP est une théorie de droit international privé. «Elle n'est pas faite pour s'appliquer lorsque le rapport de base est dépourvu de tout élément sérieux d'internationalité. Cette théorie est vidée de sa substance si elle est utilisée pour conférer un statut international à des entités purement fictives.»¹¹⁶

Il est dès lors exclu, pour un sujet de droit, de créer artificiellement un rattachement international dans le but d'échapper aux contraintes ou prohibitions du droit national. Selon Perrin, l'art. 18 LDIP a vocation pour jouer ce rôle correctif là où le droit interne contient, implicitement ou explicitement, une interdiction de parvenir à un but déterminé, ou l'obligation de ne procéder qu'à certaines conditions impérativement déterminées, car l'art. 18 LDIP «...implique la possibilité de faire exception au résultat d'un rattachement provoqué artificiellement, dans le but d'éluder l'application de normes substantielles impératives, internationalement applicables.»

Le recours aux dispositions de la partie générale de la LDIP comme correctif à l'application de la théorie de l'incorporation a aussi été unanimement reconnu par les auteurs qui ont approuvé la jurisprudence consacrée dans l'arrêt ATF 117 II 494 et par le Tribunal fédéral, avec l'effet d'accorder à l'art. 18 LDIP la vocation d'une clause d'exception, qu'il n'a pas à l'origine.

¹¹⁴ Vischer, IPRG Kommentar, notes 14 et 15 ad art. 154 LDIP; von Planta, Basler Kommentar, notes 9 à 19 ad art. 154 LDIP; Heini, p. 64 ss; Schnyder, p. 194 ss; Ebenroth/Messer, p. 75-76a.

¹¹⁵ Reymond, *Exit fraus legis*, p. 177 ss; Perrin, *Théorie de l'incorporation*, p. 141 ss.

¹¹⁶ Perrin, *Théorie de l'incorporation*, p. 143.

Notons que Heini (note marginale 114) préconise un recours à l'art. 17 LDIP pour refuser de reconnaître la personnalité à une entité juridique de droit étranger si, par exemple, le but qu'elle poursuit est immoral. Faut-il y inclure les fondations d'entretien dans le droit liechtensteinois, voire les trusts dont la fonction primaire serait de garantir au constituant et à sa famille un entretien décent?

Plébiscitant l'application des dispositions de la partie générale de la LDIP dans le cadre de la théorie de l'incorporation, Vischer, et à sa suite von Planta, rangent l'interdiction des fondations d'entretien et des fidécourmis de famille de l'art. 335 al. 2 CC (une interdiction de but) au rang des normes à caractère fondamental réservées par l'art. 17 LDIP:

«Es handelt sich dabei um eine Norm fundamentalen Charakters, die einen erzieherischen Zweck verfolgt, nämlich, die Nachkommen des Stifters vor Müßigkeit zu bewahren. Als solche ist ihr für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz «ordre public-Charakter» zuzusprechen. Allerdings darf dies nicht soweit gehen, dass der schweizerische Richter sich die Kompetenz nimmt, die gleiche erzieherische Wirkung auf Personen mit Wohnsitz im Ausland auszudehnen. Mit Vischer ist deshalb das Verbot der Unterhaltstiftung nur dann durchzusetzen, wenn die Destinatäre im Zeitpunkt der Errichtung ihr Wohnsitz in der Schweiz hatten.»^{117, 118}.

«Was die Sanktion betrifft ist mit Vischer (...) darin einig zu gehen, dass die Nichtigkeitserklärung nicht die zwingende Folge der Verletzung des Artikels 335 ZGB ist. Vielmehr kann es ausreichen, das dem Familienunterhalt gewidmete Vermögen dem Stifter zuzurechnen, bzw. in seinen Nachlass einzubeziehen.»¹¹⁹.

Nous partageons le point de vue de Vischer et von Planta tout en restreignant sa portée:

En vertu du principe de la territorialité, la norme d'interdiction de l'art. 335 CC ne peut s'appliquer que dans un contexte national. Dans un contexte international, la norme d'interdiction n'interviendra que comme une émergence du principe de la

¹¹⁷ Vischer, IPRG Kommentar, note ad art. 154 LDIP; autre avis: Othenin-Girard, note 951.

¹¹⁸ Von Planta, Basler Kommentar, notes 18-19 ad art 154 LDIP; Bucher DIP II note 987, l'auteur range aussi l'article 335 al. 2 CC dans les normes d'ordre public suisse mais exige un lien étroit avec la Suisse: grevé domicilié en Suisse. Toutefois, nous sommes d'avis que le débat relève plus de la fraude à la loi que de l'ordre public (voir note marginale 120).

¹¹⁹ Von Planta, Basler Kommentar, note 18 ad art. 154 LDIP avec les références à Vischer.

fraude à la loi, c'est-à-dire dans tous les cas où le constituant, ancré dans un contexte national (nationalité et résidence suisses du constituant et des bénéficiaires au moment de la mise en place, voire de la mise en œuvre, de la structure choisie), aura créé artificiellement un rattachement international, par exemple par le choix d'une structure étrangère à notre système juridique à laquelle il déclare applicable une loi qui connaît la structure choisie (trust).

La sanction consistera moins dans la nullité de la structure choisie que dans l'inexistence juridique de celle-ci, en ce que le patrimoine du constituant sera réputé n'avoir jamais quitté la sphère personnelle et patrimoniale dudit constituant¹²⁰.

Dans son rapport (p. 128), Thévenoz va plus loin et note au sujet de l'article 13 de la convention de La Haye (refus de la théorie du siège fictif):

«Le refus très net de la théorie du siège fictif, l'éventuelle application des lois d'application immédiate et la réserve de l'ordre public signifient que, en matière de sociétés et de patrimoines séparés, l'internationalisation d'une situation essentiellement ou exclusivement interne n'est pas en soi un motif de ne pas en reconnaître les effets. Il faut examiner au cas individuel si l'ordre public s'en trouve atteint: une appréciation matérielle des conséquences du rattachement au droit étranger est nécessaire.»

Thévenoz s'attache donc plus «... au contenu de la loi étrangère régulièrement applicable pour l'écartier que «à la conduite artificieuse de l'intéressé pour écartier la loi étrangère que ses manœuvres ont rendu apparemment applicable».» (Nous avons repris ici les termes de la citation de Batiffol/Lagarde, t. I no 37 citée par Othenin-Girard dans sa note 88).

Nous partageons le point de vue de Thévenoz, si la Suisse signe et ratifie la convention de La Haye.

¹²⁰ Voir aussi Mayer, p. 39-48 au sujet de la fondation d'entretien, et p. 47-48: «Will man die Geltung des Verbots von Unterhaltstiftungen im Bereich des IPR trotzdem bejahen, stellt sich die Frage, wie weit der Anwendungsbereich von Art. 335 ZGB zu fassen ist. Versteht man Abs. 2 als eigentliches Verbot, kann es aufgrund des Territorialitätsprinzips nur solche Familienfideikommisse betreffen, die irgendeinen Bezug zur Schweiz aufweisen. Wie dieser Bezug gestaltet sein muss, muss sinnvollerweise wieder im Motiv des Verbots gesucht werden. Das Verpönte am Familienfideikommiss liegt in der dauernden Bindung von Vermögen zugunsten einzelner Personen, verbunden mit einem arbeitslosen, von der Bedürftigkeit des Begünstigten unabhängigen Einkommens. Dementsprechend sollte Art. 335 ZGB neben nach Schweizer Recht gegründeten Stiftungen höchstens auf diejenigen Unterhaltstiftungen angewendet werden, deren Vermögen oder deren Destinatäre sich in der Schweiz befinden bzw. wohnen.»

De lege lata, nous sommes cependant d'avis que, sauf intervention de rattachements particuliers (les successions, par exemple), le choix de la structure trustale, dans un contexte exclusivement national, mérite d'être examiné sous l'angle de la fraude à la loi, dans la mesure où, choisissant une structure trustale de droit étranger, le settlor, ou constituant, au bénéfice du libre choix de la loi applicable au trust peut ainsi manipuler la désignation de la loi applicable pour tenter d'échapper à des normes d'interdiction (telles que l'article 335 al. 2 CC).

2.3.3 Conclusions intermédiaires

Le trust express privé constitue un patrimoine organisé au sens de l'art. 150 al.1 LDIP.

La loi applicable au trust (statut trustal) est la loi désignée par le constituant dans l'acte constitutif du trust (trust settlement), il s'agit d'une élection de droit.

Conformément à la théorie de l'incorporation, l'existence juridique du trust se définit par rapport à la loi applicable. Demeurent réservées les dispositions de la partie générale de la LDIP, sauf la clause d'exception (art. 15 LDIP).

Dans la mesure où aucune des dispositions de la partie générale de la LDIP n'est applicable, le trust doit être reconnu en droit suisse, ipso jure.

L'article 150 LDIP ne permet aucune conclusion quant aux effets de la reconnaissance d'un trust.

Toutefois, les normes de la LDIP et en particulier l'art. 154 LDIP, ne s'appliquent que lorsque le rapport de base a un caractère international.

La théorie de l'incorporation consacrée par la LDIP et reconnue par le Tribunal fédéral n'est pas faite pour s'appliquer «... lorsque le rapport de base est dépourvu de tout élément sérieux d'internationalité»¹²¹.

Il en résulte que, de lege lata, le trust ne saurait être mis en place et reconnu dans un contexte exclusivement national, mais doit être reconnu dans toutes les autres hypothèses, notamment lorsque:

- le constituant de nationalité étrangère, résidant en Suisse, opte pour la mise en place d'un trust testamentaire en conformité avec son droit national (professio juris);
- le constituant de nationalité étrangère, résidant à l'étranger met en place un trust en conformité avec son droit national (y inclus règles de conflit), trust dont les bénéficiaires sont résidents en Suisse;

¹²¹ Perrin, *Théorie de l'incorporation*, p. 143. Autre avis: Reymond dans la note de jurisprudence ad ATF 96 II 79, JT 1971 p. 322 ss, spéc. p. 327-328.

- le constituant de nationalité suisse ou étrangère, résidant en Suisse, choisit de constituer un trust pour certains éléments immobiliers de son patrimoine, localisés à l'étranger, dans un pays connaissant le trust;
- le constituant de nationalité suisse, domicilié à l'étranger, dans un pays connaissant le trust, choisit (en conformité avec le droit de son domicile étranger, y inclus les règles de conflit) de recourir au trust comme instrument de planification patrimoniale et successorale.

Demeure réservée la mise en œuvre de **rattachements particuliers**:

La problématique de l'éventuelle lésion de la réserve héréditaire, par la mise en place d'un trust express privé servant d'instrument de planification patrimoniale ou successorale, se résout au regard du rattachement successoral pour lequel des règles de conflit spécifiques (art. 90 et 91 LDIP) réservent l'application d'un système normatif également spécifique. Les héritiers réservataires lésés sont, à notre avis, suffisamment protégés par les règles du droit national, applicables en vertu de ce rattachement particulier («*Sonderanknüpfung*»), voir aussi 2.1.5 ci-dessus.

Le même raisonnement s'applique en matière immobilière voire dans le domaine des régimes matrimoniaux, où interviennent aussi des rattachements particuliers n'ayant rien à faire avec le statut trustal¹²².

Norons que la Convention de la Haye réserve expressément l'application des normes d'ordre public et des règles dites d'application immédiate désignées par les règles de conflit du for.

2.4 Approche comparative ou fonctionnelle à partir de l'article 150 LDIP

Comme nous l'avons relevé précédemment, en l'absence d'une norme de réception du trust en droit suisse, et notamment en droit fiscal suisse, une qualification, s'impose en vue «d'intégrer» l'institution juridique étrangère à notre droit.

¹²² Von Planta, Basler Kommentar, note 18 ad art. 154 LDIP avec les références à Vischer; Reymond, *Le trust et l'ordre juridique suisse*, note de jurisprudence JT 1971, p. 322 ss sp. p. 327-329; Supino, p. 189-200; Solarsky, p. 50-94.

La norme de reconnaissance instituée par l'article 150 LDIP¹²³ offre aussi, à notre avis, une plate-forme de «qualification» du trust express privé de droit anglais. Au-delà de l'approche exclusivement structurelle défendue par Mayer (voir note marginale 101), ou plus précisément au travers de l'approche structurelle de l'article 150 LDIP, il est permis de conclure à une approche comparative, fonctionnelle, notamment avec la fondation du droit suisse. On pourrait dire qu'il y a concordance entre l'approche structurelle (conceptuelle) et l'approche fonctionnelle.

A l'instar de la fondation du droit civil suisse, le trust est constitué par un acte juridique unilatéral du constituant, et se caractérise par un patrimoine affecté, séparé du patrimoine du constituant. Si la fondation proprement dite acquiert la personnalité juridique et, dès lors, la capacité d'acquérir, le trust, en revanche, n'est pas doté de la personnalité juridique: «*Der Vergleich zwischen Trust und Stiftung zeigt, dass die gängigen Stiftungsdefinitionen bei Weglassung des Elementes der Rechtspersönlichkeit grundsätzlich auch auf den Trust passen...*»¹²⁴.

Autres caractéristiques communes au trust et à la fondation: les deux institutions juridiques ont des bénéficiaires ou destinataires en faveur desquels le but doit être réalisé, et donc le patrimoine géré.

Fondation et trust sont déterminés par la volonté du fondateur, respectivement du constituant, exprimée dans l'acte constitutif. Conseil de fondation et trustees ne sont que des organes au service d'une exécution diligente de la volonté du fondateur ou du constituant; ni la fondation ni le trust n'ont accès à l'autodétermination.

Sous réserve du pouvoir de révocation que se serait réservé le constituant, le trust, à l'instar de la fondation, est établi de manière irrévocable; les deux institutions juridiques sont destinées à durer. Comme nous le verrons plus loin, le pouvoir de révocation du constituant n'a pas, au demeurant, pour effet de rendre inexistante l'affectation du patrimoine du constituant en trust. Le patrimoine trustal demeure affecté dans le cadre d'un resulting trust.

Mayer favorise le rapprochement avec la fondation autonome et exclut de son champ comparatif la fondation non autonome:

«Meines Erachtens ist aber eine Betrachtungsweise vorzuziehen, wonach der Trust nicht die Verselbständigung eines Zweckvermögens, sondern wie die Stiftung ein selbständig existierender Träger eines solchen ist. Er ist zwar im Gegensatz zur

¹²³ Rappelons que l'article 150 LDIP est muet sur les effets de la reconnaissance. Cet état de droit plaide en faveur d'une signature et ratification de la Convention de La Haye par la Suisse.

¹²⁴ Mayer, p. 106, 111-112; Riemer, *Systematischer Teil*, notes 13-41.

Stiftung nicht unmittelbar Vermögenssubjekt; er ist es aber mittelbar über seine Organe, die Trustees, die das Treugut für ihn innehaben.»¹²⁵.

Contrairement à Mayer, nous pouvons concevoir une comparaison avec la fondation non autonome sans pour autant dénier au trust express privé le caractère d'un patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP.

La fondation non autonome («unselbrändige Stiftung, fiduziarische Stiftung») se caractérise par l'affectation durable d'un patrimoine à un but particulier (idéal, c'est-à-dire non économique).

Contrairement à la fondation autonome, la fondation non autonome n'est pas dotée de la personnalité juridique.

Le concept de fondation non autonome n'est pas connu en tant que tel par le droit civil suisse mais il n'en demeure pas moins vrai qu'il correspond à une réalité juridique:

«In der Rechtswirklichkeit gibt es Erscheinungen, die den selbständigen privatrechtlichen Stiftungen in bestimmter Hinsicht- nämlich mit Bezug auf die dauerhafte Bindung von Vermögen zu einem «besonderen Zwecke» — sehr ähnlich sind, sich aber von diesen durch die fehlende eigene Rechtspersönlichkeit unterscheiden. Diese Sondervermögen (in der Hand von Trägerpersonen mit Rechtspersönlichkeit) — die rechtsgeschichtlich älter als die selbständigen Stiftungen sind (...) — werden vielfach «unselbständige Stiftungen», nicht selten aber auch «fiduziarische Stiftungen» (...) genannt (...). ZGB und OR kennen «unselbständige Stiftungen» oder «fiduziarische Stiftungen» weder den Worte noch dem Begriffe nach (...) und zwar weder als besonderes, eigenes Rechtsinstitut (...) noch in dem Sinne, dass andere Rechtsgeschäfte bei Erfüllung entsprechender Voraussetzungen in beschränktem Umfang einer besonderen, einheitlichen Regelung unterworfen wären, unter diesem Gesichtspunkt wäre man also völlig frei, jede Art von Sondervermögen, ungeachtet ihres Entstehungsgrundes (privatrechtliche Rechtsgeschäfte verschiedenster Art, Gesetz, Verwaltungsakt), ihrer Erscheinungsform ihres Zweckes, ihrer Trägerperson usw. als «unselbständige Stiftungen» zu bezeichnen; dabei fallen z.B. in Betracht: treuhänderisch von Dritten empfangenes Vermögen, (...), eine unverteilter Erbschaft, (...). Welchen Sinn aber hat es überhaupt, von «unselbständige Stiftungen» zu sprechen, da doch das Gesetz solche gar nicht kennt bzw. regelt? Erscheinungen der Rechtswirklichkeit als «unselbständige Stiftungen» zu qualifizieren ist nur sinnvoll, insofern auf sie, und sei auch nur in beschränktem Umfang, die analoge An-

¹²⁵ Mayer, p. 105.

wendung des Stiftungsrechtes des Bundesprivatrechtes in Betracht fällt. Dies ist, wie noch zu zeigen wird, nur der Fall bei jenen Sondervermögen, die den selbständigen privatrechtlichen Stiftungen wirklich ähnlich sind; und dies wiederum kann nur gesagt werden von einer stiftungsmässigen Vermögensbindung, d.h. von einer rechtsgeschäftlichen (...) Bestimmung von Vermögen zu einem idealen Zwecke (...), die als solche für den belasteten Vermögensträger in der Folge unkündbar und nach dem Tode des Bestimmenden auch nicht durch vertragliche Übereinkunft abänderbar ist.»^{126, 127.}

Si l'on en revient au trust express privé, on constate que, sur le plan d'une approche comparative, non seulement le trust express privé constitue un «patrimoine organisé» et affecté à l'instar de la fondation, mais, en plus, la structure est doublée d'une stipulation pour autrui:

- parfaite, dans le cadre du fixed interest trust où le bénéficiaire dispose d'une véritable créance à l'égard du trustee, renforcée d'un droit de suite;
- imparfaite, dans le cadre du discretionary trust où le bénéficiaire n'a qu'une expectative voire n'a qu'une simple attente quant au revenu et au capital trustaux.

En conclusion, la comparaison avec la fondation non autonome, doublée d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur des bénéficiaires s'impose dans le cas du fixed interest trust.

La comparaison avec la fondation autonome doublée d'une stipulation pour autrui imparfaite s'impose dans le cadre du discretionary trust: le trust, au travers des trustees, est l'attributaire du patrimoine trustal et les bénéficiaires ne sont que des «bénéficiaires – expectatifs»^{128.}

¹²⁶ Riemer, *Systematischer Teil*, note 418.

¹²⁷ Riemer, *Systematischer Teil*, note 421 et notes 428-437 pour les autres modalités de constitution d'une fondation non autonome, discutées par Riemer. Il est intéressant de noter que, dans le cadre de cette discussion, Riemer exclut les modalités contractuelles telles que la fiducie ou le mandat (même si ce dernier régit la relation juridique entre «fiduciaire» et bénéficiaire), car elle autorise le constituant à révoquer, en tout temps, la dotation faite antérieurement, ce qui est contraire au fondement conceptuel de la fondation: un patrimoine destiné à être durablement affecté à un but idéal particulier. Voir aussi Dunand, p. 465-466.

¹²⁸ Expression de Thévenoz, p. 347; Mayer p. 208; voir aussi la référence à Krauskopf, note marginale 193 ci-après.

2.5 La convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985

La Convention de la Haye a pour effet, d'une part, d'unifier les règles de conflit pour les pays de Common Law qui connaissent l'usage du trust, mais dont les systèmes nationaux de droit international privé diffèrent, et peuvent dès lors être la source de difficultés. D'autre part, pour les pays ne connaissant pas le trust, elle offre une règle de conflit de loi qui leur évite de devoir recourir à des artifices juridiques pour reconnaître le trust¹²⁹.

Elle établit des règles de détermination de la loi applicable au trust et organise la reconnaissance du trust (art. 1).

Elle s'applique «*erga omnes*» en ce qui concerne le chapitre de la loi applicable, c'est-à-dire qu'elle s'applique même lorsque ses dispositions ont pour effet de déclarer applicable la loi d'un Etat non contractant.

S'agissant de la reconnaissance du trust, en revanche, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne reconnaître que le ou les trust/s dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant, ce qui est une réserve à l'encontre du principe de l'application *erga omnes*. Il s'agit de l'article 21 de la Convention.

Pour Thévenoz, «... *une telle réserve serait inopportune pour la Suisse qui, si elle décide d'être liée par la convention, le fait afin de disposer de règles de rattachement plus appropriées aux trusts que celles que l'on trouve dans notre législation actuelle.*»¹³⁰

La Convention définit en son art. 2 le trust et ses éléments caractéristiques:

¹Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

²Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;*
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;*

¹²⁹ Pelichet, p. 136-138; voir aussi Thévenoz, *Trusts*, cité dans la bibliographie, dont nous n'avons discuté que certains points; sa lecture détaillée s'impose à tout spécialiste en matière de trust.

¹³⁰ Pelichet, p. 141; Thévenoz, *Trusts*, p. 140.

c) *le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

³Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Comme le relève Thévenoz, «... la convention caractérise les trusts auxquels elle est applicable de sorte à permettre une qualification autonome, indépendante des institutions connues de la loi interne du for».

La définition s'articule autour de trois éléments essentiels: titularité du trustee, séparation des patrimoines, pouvoirs et devoirs du trustee¹³¹.

Elle s'applique à tous les trusts créés volontairement, et authentifiés par un acte écrit (art. 3), donc aux trust express, à l'exclusion des implied trust (cf. plus haut 1.3.1).

Elle s'applique également à des institutions autres que les trusts de Common Law, à condition que celles-ci répondent aux critères de l'art. 2 de la Convention¹³². En ce qui concerne la détermination de la loi applicable, priorité est donnée à l'élection de droit par le constituant (art. 6).

A défaut de choix de la loi applicable par le constituant, ou lorsque la loi choisie par le constituant ne connaît pas le trust ou la catégorie de trust en cause, c'est la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits qui sera déclarée applicable (art. 7). Dans la détermination de cette loi, les critères suivants sont pris en considération:

- *le lieu d'administration du trust désigné par le constituant;*
- *la situation des biens du trust;*
- *la résidence ou le lieu d'établissement du trustee;*
- *les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis.*

La loi applicable régit la validité du trust, son interprétation, ses effets et son administration (art. 8 al. 1, lit a à j).

Le trust constitué conformément à la loi applicable sera reconnu en tant que trust par les Etats contractants. (art. 11).

¹³¹ Klein, p. 470; Thévenoz, *Trusts*, p. 30.

¹³² A notre avis, il s'agit d'une comparaison structurelle et non fonctionnelle. Autre avis: Solarsky, p. 40 avec références.

La reconnaissance implique que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee, et que ce dernier puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. La ségrégation des patrimoines, c'est-à-dire la division de la propriété du trustee entre propriété personnelle et propriété en trust, est un élément absolument essentiel de l'institution, sans lequel sa reconnaissance n'aurait aucun sens.

L'autre élément essentiel qu'implique la reconnaissance du trust est la qualité pour agir ou défendre du trustee en tant que tel, cette qualité ne valant pas uniquement dans le cadre d'un procès, mais également pour toute démarche devant une autorité publique¹³³.

Comme le souligne Klein¹³⁴: «...la portée de la reconnaissance telle que l'entend l'article 11 dépend en premier chef de la loi applicable au trust.». Au surplus, le principe de la reconnaissance consacré par l'article 11 de la Convention qui représente une rupture avec la méthode comparative («... *this formula clearly breaks with «a comparative approach» which would seek to transpose the trust into analogous institutions of the recognizing jurisdiction.*¹³⁵»), est, selon Klein, relativisé par la réserve des règles impératives du for (article 15 de la Convention) qui conduisent à un retour à la méthode comparative. A ces règles, il faut ajouter les dispositions normatives autres que la Convention, que le juge saisi peut appliquer dans la résolution des questions juridiques qui ont trait:

- à la validité du testament par lequel le trust est constitué, ou de l'acte par lequel des biens sont transférés au trustee (article 4);
- aux droits et obligations des tiers détenteurs des biens du trust (article 11 al.3 lit d).

La Convention réserve aussi la mise en œuvre des lois d'application immédiate du for (article 16 al.1) et, selon l'article 16 al.2, l'application des lois d'application immédiate «... *d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit*», ainsi que la prise en compte des règles d'ordre public désignées par les règles de conflit du for.

Au rang des dispositions impératives désignées par les règles de rattachement du for (article 15), la Convention cite:

- les règles en matière de protection des mineurs et des incapables
- les règles en matière d'effets personnels et patrimoniaux du mariage
- les règles en matière de régime successoral, et notamment de réserves légales

¹³³ Pelichet, p. 154-155, et sans que cela entraîne ou doive entraîner une scission de la propriété

¹³⁴ Klein, p. 479.

¹³⁵ Gaillard/Trautman, p. 332.

- les règles en matière de transfert de propriété et de sûretés réelles
- les règles en matière de protection des créanciers en cas d'insolvabilité; et de protection de tiers de bonne foi.

«Ce catalogue étendu reflète le souci des rédacteurs de la Convention de garantir aux Etats ignorant cette institution que la reconnaissance des trusts constitués conformément à une loi étrangère ne compromet pas les principes fondamentaux inscrits dans leur ordre juridique»¹³⁶.

Ce serait le cas pour la Suisse, comme l'a démontré le professeur Thévenoz dans son ouvrage analysant l'adhésion de la Suisse à la Convention de la Haye («Trusts»).

Les règles de la Convention de La Haye, notamment la réserve contenue à l'article 15 en faveur des dispositions impératives désignées par les règles de rattachement du for, garantissent dans une mesure suffisante le respect des principes et des institutions essentiels de notre système juridique.

Pour déployer tous ses effets, la modification de la Convention de La Haye doit être assortie de l'adoption par le législateur suisse de règles de droit matériel et de droit international privé, telles que formulées par le professeur Thévenoz dans son rapport.

Alors que Thévenoz propose des aménagements législatifs à titre de corollaires à une ratification, nécessaires «... pour améliorer la prévisibilité et la sécurité juridique qui résulteront de la ratification de la Convention par la Suisse», nous considérons, pour notre part, que ces aménagements sont un préalable indispensable à une ratification. La codification de la fiducie nous en donne un exemple:

Elle établit la reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire séparé, et a pour effet de mettre en place une structure répondant à l'une des «essentialia» du trust: le patrimoine trustal séparé du patrimoine personnel du trustee, sans qu'il soit porté atteinte au principe de l'unité de patrimoine et des *numerus clausus* des droits réels, et sans qu'il soit nécessaire d'incorporer à notre droit le concept d'un fractionnement de propriété résultant de titularités juridiques diverses mais concomitantes sur le même bien ou droit, caractéristique des trust et condition *sine qua non* d'une réception d'un trust dans le système juridique existant.

Or, le but de la Convention de La Haye n'est pas la réception du trust ou la création d'une nouvelle institution juridique. Comme le note Thévenoz dans son

¹³⁶ Klein, p. 483; Thévenoz, *Trusts*, p. 30.

ouvrage consacré à l'adhésion de la Suisse à la Convention de la Haye (Trusts, p. 16), «...son seul objet est de prendre acte de l'existence de trusts valablement constitués à l'étranger, de fournir les règles qui permettent d'identifier la loi qui leur est applicable et d'assurer la reconnaissance de leurs effets dans une mesure appropriée.»

2.6 Reconnaissance en lien et place de réception

En l'absence d'une ratification de la Convention de la Haye par la Suisse, l'article 150 LDIP constitue la base pour une reconnaissance en Suisse d'un trust express privé constitué selon la loi déclarée applicable par le constituant (art. 154 LDIP).

Il serait plus juste de dire que l'article 150 LDIP reconnaît au trust express privé, en sa qualité de «patrimoine organisé», une existence juridique (statut trustal) définie par la loi déclarée applicable par le constituant dans l'acte constitutif du trust. Mais l'article 150 LDIP reste muet sur les effets d'une telle reconnaissance.

La ratification de la Convention de la Haye par la Suisse aurait pour effet bénéfique d'assurer dans notre pays la reconnaissance des effets d'un trust étranger avec une réserve quant aux lois d'application immédiate et à l'ordre public suisse. «Les juges n'auraient plus à faire des contorsions dans le genre de l'arrêt Harrison pour opérer la conversion du trust en recourant à des notions juridiques helvétiques qui ne s'y prêtent guère»¹³⁷. Et ceci, sans pour autant constituer le moyen détourné d'imposer le trust en droit suisse: «Auch wenn die Schweiz die Konvention ratifiziert, gibt es nach wie vor, im eigentlich Sinn des Terminus, keinen Trust nach schweizerischem Recht...» «Die Konvention bezweckt ja auch nicht, die Trusts auf dem Umweg über das internationale Recht einzuführen.»¹³⁸.

Thévenoz et Watter partagent aussi cet avis et préconisent une ratification de la Convention de la Haye par la Suisse. En particulier, Thévenoz étaye dans son dernier ouvrage «Trusts» l'opportunité pour la Suisse d'adhérer à la Convention en raison de l'indigence des rattachements offerts par la LDIP en matière trustale, et du fait que l'article 150 LDIP ne se prononce pas sur les effets d'une reconnaissance du trust comme patrimoine organisé. Thévenoz démontre que les dispositions de la Convention sont en ligne avec notre système juridique, et que, sauf quelques aménagements législatifs destinés à supprimer toute insécurité juridique, une telle adhésion ne compromet ni les grands principes de notre ordre juridique (unité du patrimoine, numerus clausus des droits réels), ni ses règles impératives (réserves successorales).

¹³⁷ Giovanoli, p. 216; voir aussi Thévenoz, *Trusts*, p. 13 et 44

¹³⁸ Gutzwiller, p. 52 ss; Thévenoz, *Trusts*, p. 16.

Une réception du trust ne s'impose pas.

En revanche, la création d'une «institution analogue» au sens de l'article 6 de la Convention s'imposerait, à notre avis, préalablement à toute ratification.

Cette «institution analogue» de droit suisse pourrait s'articuler autour d'une fiducie nouvellement aménagée, et d'un élargissement de l'objet de la fondation de famille, tels qu'ils ont été définis par Thévenoz.

Les contours d'une «fiducie renouvelée» tels qu'ils ont été élaborés par Thévenoz s'articulent autour de six postulats:

- a. *«Il convient de reconnaître aux biens fiduciaires la nature d'un patrimoine séparé (Sondervermögen), affecté exclusivement à l'exécution de la convention de fiducie et dont le fiduciaire est le titulaire juridique sans être l'ayant droit économique. Ce patrimoine spécial ne saurait suivre le sort du patrimoine général du fiduciaire au regard du droit des successions, des régimes matrimoniaux et de l'exécution forcée.»*
- b. *«Ce patrimoine ne répondant que des dettes contractées par le fiduciaire agissant ès qualités, les biens qui le composent doivent être soustraits aux droits de compensation et de rétention des créanciers du fiduciaire pour des dettes sans rapport avec la gestion ou l'affectation de ce patrimoine.»*
- c. *«Alors que l'art. 398 CO fournit un cadre approprié à la responsabilité pécuniaire du fiduciaire, il faut conférer au fiduciant et aux éventuels bénéficiaires un droit de suite sur les biens que le fiduciaire aurait aliénés à des tiers de mauvaise foi en contravention à la convention de fiducie.»*
- d. *«L'art. 404 CO restreint, sans justification, les choix quant à la durée de la fiducie. Le fiduciant doit avoir la possibilité de stipuler une durée déterminée, de limiter son droit de résiliation aux cas de justes motifs, voire de renoncer à tout droit de résiliation, mais de conserver celui de révoquer ou de faire révoquer le fiduciaire pour le remplacer. Il convient également de fixer une limite temporelle au maintien de la fiducie après le décès du fiduciant.»*
- e. *«Le fiduciant doit pouvoir renoncer, complètement ou partiellement, à donner des instructions au fiduciaire. La convention peut reconnaître à celui-ci un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu non seulement dans la gestion des biens fiduciaires, mais aussi dans leur distribution en revenu et en capital.»*
- f. *«Enfin, le fiduciant doit pouvoir conférer à d'éventuels bénéficiaires des droits et des compétences plus ou moins étendus. Il convient également de permettre la désignation d'un protecteur, tiers sans intérêt pécuniaire au patrimoine fiduciaire, mais investi de certaines compétences dans l'intérêt du fiduciant et d'éventuels bénéficiaires.»*

Dans le dernier ouvrage (Trusts) du professeur Thévenoz, les six postulats sont devenus un projet de codification de la fiducie dans le triple but: «...d'en améliorer la sécurité juridique, d'en augmenter la flexibilité et les applications possibles et d'en assurer la reconnaissance à l'étranger par le truchement de la Convention.» (Rapport, p. 10).

Le professeur Thévenoz nous a très aimablement autorisé à reporter ici le texte commenté du projet de codification (Annexe 6). Les lignes directrices du projet de codification ont été axées autour des cinq pivots suivants:

1. *«Les règles nouvelles reposent sur la fiducie telle qu'elle existe actuellement en Suisse en tant qu'institution créée par la pratique des affaires, reconnue par la jurisprudence, analysée par la doctrine et adoptée par le législateur dans la législation sur les fonds de placement et sur les banques. Elles s'inscrivent dans le prolongement de la Vollrechtstheorie consacrée par la jurisprudence et par la doctrine: le fiduciaire est un propriétaire au sens du Code Civil, qui assume contractuellement des obligations envers autrui, obligations dont les effets sont cependant renforcés.»*
2. *«Le projet renforce cette fiducie en consacrant, notamment, l'existence de véritables patrimoines fiduciaires distincts du patrimoine personnel du fiduciaire. Cette affirmation ne se limite pas à une distraction des avoirs fiduciaires en cas d'exécution forcée contre le fiduciaire. Elle implique un principe de subrogation patrimoniale et de récompenses entre patrimoines. Elle entraîne un régime spécifique de responsabilité aux dettes, avec des effets notamment en matière de compensation et de rétention des biens fiduciaires. Lors d'actes de disposition du fiduciaire contraires à ses obligations, les biens fiduciaires peuvent faire l'objet d'un véritable droit de suite, les tiers de bonne foi étant cependant mis au bénéfice d'une protection adéquate.»*
3. *«En général, les règles supplétives du nouveau régime correspondent au régime actuel, de lege lata. Ainsi, à défaut de clause contraire dans l'acte de fiducie, le fiduciaire est seul bénéficiaire de la fiducie, de sorte notamment que les actifs fiduciaires lui reviennent au terme convenu ou lorsqu'il résilie le rapport fiduciaire.»*
4. *«Les règles proposées permettent de développer la pratique fiduciaire dans des directions qu'elle ne connaît pas encore. Notamment, elles permettent de désigner des bénéficiaires distincts du fiduciaire, dont la position juridique est garantie par des règles expresses. Elles permettent (mais n'obligent pas) le fiduciaire à renforcer l'indépendance du fiduciaire en renonçant au pouvoir de donner des instructions ou de résilier avant le terme stipulé. La durée de la fiducie est cependant limitée par un maximum légal. La fiducie peut commencer ou se poursuivre après le décès du fiduciaire. C'est pourquoi l'acte de fiducie peut prévoir la désignation d'un tiers qui assure une forme de surveillance privée du fiduciaire (sur le modèle du protecteur d'un trust) tandis que les compétences du juge sont précisées.»*

5. «*La nouvelle fiducie répond à la définition que l'article 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1er juillet 1985 donne du trust. Cette définition a été délibérément conçue pour ne pas restreindre le bénéfice de la Convention aux trusts des pays de common law qui l'ont reçue du droit anglais, mais pour s'appliquer également à des institutions qui ne sont pas fondées sur le démembrement (inconnu dans les pays de droit civil) entre propriété juridique et propriété économique.*».

La consécration de l'existence de véritables patrimoines fiduciaires distincts du patrimoine personnel du fiduciaire constitue la pierre angulaire du projet de codification. Elle a pour effet de créer «une institution analogue» au sens de l'article 6 de la Convention et constitue, à notre avis, une condition préalable à toute ratification de la Convention de La Haye. Elle introduit, dans le cadre des principes de l'unité du patrimoine et de *numerus clausus* des droits réels, et sans qu'il soit contrevenu à ces principes, la reconnaissance d'une propriété *sub modo*, patrimoine fiduciaire ou patrimoine trustal, sans laquelle la ratification de la Convention resterait sans effets.

- L'énoncé d'un élargissement de l'objet de la fondation de famille est établi par Thévenoz
- dans le cadre temporel de la substitution fidéicommissaire
 - au-delà du cercle restreint de la famille
 - dans le respect des dispositions sur les parts réservataires:

«Plutôt que de restreindre l'emploi des fonds constitués en fondation de famille par la limitation de l'objet des fondations de famille – ce qui amène en réalité l'accumulation de fortunes considérables dont les héritiers ne peuvent disposer – il faudrait limiter la durée de telles fondations en élargissant leur objet. Dans la mesure où les parts réservataires ne sont point lésées, il n'y a pas de raison fondamentale pour interdire au disposant de prévoir une distribution de la quotité disponible sur une certaine durée. Pour fixer cette durée, on pourrait s'inspirer de la solution adoptée par le législateur pour la substitution fidéicommissaire. En outre, ce mode de disposition ne devrait pas être limité aux membres de la famille mais pourrait comprendre d'autres personnes que le fondateur entend gratifier»¹³⁹.

Avec une fiducie nouvellement aménagée, voire codifiée, et une modification législative de la fondation de famille vers une ouverture de l'objet de telle fonda-

¹³⁹ Thévenoz, p. 301, et dans le même sens Reymond, *Le Trust et le droit suisse*, p. 172a ss; Gubler, p. 323a ss; Wach, *Der angelsächsische Trust und die schweizerische Ordnung*, p. 209 ss.

tion, notre ordre juridique disposerait, «sans emprunter à la tradition anglo-américaine sa distinction entre *legal et equitable ownership*», d'un *instrumentarium* qui répond à la définition du trust telle qu'elle est donnée par la Convention de la Haye¹⁴⁰.

Comme le souligne Thévenoz, il ne s'agirait plus que d'adapter les normes fiscales: «*Il ne restera alors plus qu'au droit fiscal à suivre...*»¹⁴¹.

Cet aménagement législatif auquel nous adhérons sans réserve aurait l'avantage d'offrir au système juridique suisse une structure analogue au trust anglo-saxon sans que doive être incorporé le concept d'un fractionnement de la propriété résultant de titularités juridiques diverses mais concomitantes sur un même bien ou droit, caractéristique du trust et condition *sine qua non* d'une réception du trust en droit suisse.

De plus, cet aménagement législatif serait une condition préalable pour induire, sur le plan fiscal, une modification législative ayant pour effet de faire de «l'institution analogue» et, par voie d'extension, également législative, du trust, notamment du *discretionary trust*, un sujet fiscal.

L'article 150 LDIP est muet sur les effets de la reconnaissance du trust en droit suisse, il n'autorise dès lors même pas à conclure à un rattachement économique du trust valablement constitué à l'étranger à la souveraineté fiscale suisse¹⁴². A fortiori il ne saurait y avoir de *lege lata* de rattachement personnel du trust à la souveraineté fiscale suisse.

Lorsqu'il s'agit d'appréhender fiscalement les effets patrimoniaux du trust et de sa constitution, le fiscaliste est actuellement réduit à recourir à la méthode de l'approche comparative ou fonctionnelle chaque fois que la norme fiscale suisse applicable définit l'objet de l'impôt ou la transaction imposable en se référant à des notions juridiques et non économiques. La notion juridique peut relever du droit privé ou du droit fiscal. Le terme de notion juridique est utilisé ici par opposition au terme de notion économique à laquelle la norme fiscale peut également se référer pour définir l'objet de l'impôt ou la transaction imposable (voir ci-après, 3.2).

¹⁴⁰ Cette ouverture de l'objet des fondations de famille s'impose impérativement. Il est regrettable qu'elle n'ait pas été retenue dans le cadre de la révision des dispositions du code civil suisse sur le droit des fondations. La restriction de l'art. 335 CC est une restriction purement socio-politique qui ne se justifie pas dogmatiquement.

Voir aussi: résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code civil suisse (droit des fondations et ouverture des contrats de mariage et des pactes successoraux), 1994, n.4.4, p. 33.

¹⁴¹ Thévenoz, p. 351-352.

¹⁴² De *lege lata*, un trust de droit anglais ne peut pas acquérir de biens immobiliers en Suisse. Le trust peut être titulaire de créances, de biens mobiliers et dans cette mesure restrictive faire l'objet d'un rattachement fiscal limité, économique, au territoire suisse (impôt anticipé, par exemple).

III. LES RELATIONS DE TRUST ET LA FISCALITÉ SUISSE NATIONALE – ÉLABORATION D'UN CADRE NORMATIF

L'internationalisation croissante des relations juridiques et économiques souligne l'importance grandissante du trust même dans les pays de droit civil tels que la Suisse qui ne connaissent pas cette institution et n'ont pas ratifié la Convention de la Haye.

Ainsi n'est-il pas rare de rencontrer en Suisse des citoyens étrangers résidant sur le territoire national désireux de recourir à la structure trustale pour aménager leur planification successorale, ou des citoyens suisses et étrangers résidant en Suisse et bénéficiaires d'un fixed interest trust ou d'un discretionary trust, valablement constitué à l'étranger, ou encore, des personnes physiques ou morales, résidant en Suisse et assumant le rôle de trustee (voire de protector).

En l'absence de norme sur les effets de la reconnaissance en Suisse d'un trust étranger et, a fortiori, en l'absence d'une norme de réception du trust en droit civil et en droit fiscal, c'est l'intervenant dans le rapport de trust — à savoir le constituant, le bénéficiaire et/ou le trustee — domicilié ou ayant son siège en Suisse, et assujéti de manière illimitée à la souveraineté fiscale nationale, qui constitue le vecteur de la fiscalité des relations de trust en droit fiscal suisse (3.1).

Dans le cadre de l'application de la loi, le syllogisme de la norme fiscale impose d'examiner si un état de fait concret correspond à l'état de fait abstrait envisagé par la norme légale.

Cette démarche s'impose naturellement lorsqu'il s'agit d'apprécier fiscalement les effets patrimoniaux résultant de la mise en œuvre (distributions trustales) et de la mise en place (constitution du trust express privé) d'une structure trustale. Elle se fonde sur une interprétation autonome de la norme fiscale (3.2 et 3.3).

La notion de revenu et la notion de fortune comme objet de l'impôt reçoivent une interprétation fiscale autonome qui se caractérise par un double aspect: d'une part, la référence au contenu économique, fondé sur la réalité économique, de la notion de revenu et de fortune, intervenant comme méthode d'interprétation, et, d'autre part, l'attribution du revenu réalisé et de la fortune à un bénéficiaire ou attributaire effectif qui devient le contribuable: «... *bei den Einkommens- und Vermögenssteuer bestimmt die Beziehung zwischen Steuersubjekt und Steuerobjekt die Zurechnung des Einkommens und des Vermögens zu den Steuersubjekten.*¹⁴³» (3.4).

¹⁴³ Höhn/Waldburger, p. 293.

Le principe de la réalisation effective autorise l'autorité fiscale à faire abstraction de l'apparence juridique de la structure choisie par le contribuable pour aménager ses rapports patrimoniaux, et ceci à un double titre: positif, dans le domaine des relations fiduciaires où l'autorité fiscale privilégiera la réalité économique induite par la convention de fiducie, en deçà de l'apparence juridique (3.5); négatif, lorsque l'autorité fiscale a recours à la réalité économique comme méthode servant à combattre les abus (3.6).

3.1 L'assujettissement à la souveraineté fiscale nationale

La souveraineté fiscale comprise comme le pouvoir de l'Etat souverain d'assujettir le contribuable à l'observation de la loi fiscale s'établit, en droit fiscal suisse, sur la base de deux critères¹⁴⁴:

- Le rattachement ou l'appartenance personnelle. Pour la personne physique, il résulte de son domicile ou de son séjour sur le territoire de la Confédération. Pour la personne morale, il résulte de la localisation de son siège statutaire ou de sa direction effective sur le territoire national.
- Le rattachement ou l'appartenance économique qui résulte des rapports économiques entretenus par une personne physique ou une personne morale sur le territoire de la Confédération: biens localisés sur le territoire souverain ou revenus imposables ayant leur source dans le territoire souverain¹⁴⁵.

Le rattachement ou l'appartenance personnelle, lié au domicile ou au séjour de la personne physique sur le territoire souverain, entraîne un assujettissement illimité: le contribuable est «... *imposable sur la totalité de ses revenus et de sa fortune, sans égard à l'endroit où ses biens se trouvent et sans égard à la source des revenus*»¹⁴⁶.

L'appartenance économique entraîne, quant à elle, un assujettissement fiscal limité aux biens et aux revenus qui déterminent l'appartenance économique. Le taux d'imposition se fixe, en revanche, à hauteur du taux applicable à la totalité des revenus et des biens, quelles que soient leur provenance et leur localisation¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Rivier, *Droit fiscal*, p. 310 ss.

¹⁴⁵ Rivier, *Droit fiscal*, p. 310 ss; Ryser/Rolli, p. 25; Locher, *Umschreibung*, p. 73.

¹⁴⁶ Ryser/Rolli, p. 25.

¹⁴⁷ Rivier, *Droit fiscal*, p. 310 ss.

Les principes d'assujettissement à l'impôt, résultant de l'appartenance personnelle ou économique du contribuable à l'État souverain, applicables en matière d'impôt sur le revenu et la fortune, sont également applicables dans le domaine des impôts sur les donations et successions¹⁴⁸. Le lieu d'imposition des donations et successions se trouve au domicile du donateur – respectivement au dernier domicile du défunt (ou au lieu d'ouverture de la succession, en l'absence de domicile en Suisse); l'imposition est rattachée à la personne du propriétaire originel du patrimoine cédé ou affecté; le domicile du bénéficiaire n'est pas relevant¹⁴⁹.

En l'absence de réception du trust en droit civil et en droit fiscal suisse, c'est l'intervenant dans le rapport de trust, à savoir le constituant, le bénéficiaire et/ou le trustee – domicilié en Suisse et assujetti de manière illimitée à la souveraineté fiscale suisse, qui constitue le vecteur de la fiscalité des relations de trust en droit fiscal suisse.

De lege lata, le trust même valablement constitué à l'étranger et reconnu comme un patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP ne constitue pas un sujet fiscal en droit suisse, et ne saurait être assujetti de manière illimitée à la souveraineté fiscale suisse, fut-il administré exclusivement à partir de la Suisse par des trustees résidant sur le territoire national. Nous reviendrons sur l'examen de cette question sous 4.4 ci-après.

La question de savoir si le trust de droit étranger peut être assujetti de manière limitée à la souveraineté fiscale suisse, doit recevoir une réponse différenciée:

Immeuble sis en Suisse

L'article 150 LDIP étant muet sur les effets de la reconnaissance du trust, valablement constitué à l'étranger, et en l'absence d'une ratification de la Convention de la Haye par la Suisse, nous sommes d'avis que le trust de droit étranger ne peut se porter acquéreur d'un immeuble en Suisse, en raison des principes de la publicité et du *numerus clausus* des droits réels. De plus, la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des étrangers du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41) s'opposerait non seulement à l'acquisition d'un immeuble sis en Suisse par un trust de droit étranger, mais encore à l'acquisition d'actions d'une société immobilière de droit suisse, sauf à démontrer, dans ce dernier cas, que les bénéficiaires du trust sont résidents sur le territoire national et bénéficiaires-créanciers (*fixed interest trust*).

¹⁴⁸ Rivier, *L'impôt sur les successions et les donations*, p. 160; Rivier, *Droit fiscal*, p. 534.

¹⁴⁹ Rivier, *Droit fiscal*, p. 534.

Il résulte des considérations qui précèdent que le trust valablement constitué à l'étranger ne saurait, de lege lata, être assujéti de manière limitée à la souveraineté fiscale suisse en raison de la détention d'immeubles ou d'autres droits réels localisés en Suisse.

Bien mobiliers

En revanche, un assujétissement limité du trust étranger à la souveraineté fiscale suisse en raison de la détention de titres (obligations ou actions) d'un débiteur suisse est tout à fait concevable. Le discretionary trust peut ainsi être qualifié de bénéficiaire effectif de dividende ou d'intérêts de source suisse, frappés à la source par l'impôt anticipé, à ce titre, et il est légitimé pour réclamer le remboursement de l'impôt anticipé prélevé sur le revenu de source suisse (5.4.1).

3.2 Droit privé et droit fiscal

La corrélation entre le droit privé et le droit fiscal est une évidence factuelle:

Lors de l'agencement de son patrimoine, le contribuable se sert, dans les limites du principe de l'autonomie de la volonté, des structures juridiques du droit privé.

Les effets économiques qui résultent de la mise en place et de la mise en œuvre de la structure de droit privé choisie sont à leur tour saisis par le droit fiscal.

Locher décrit ainsi cette corrélation entre les deux domaines juridiques:

«Gemeinsamer Nenner sowohl des Zivil- als auch des Steuerrechts bilden «privat – wirtschaftliche» Erscheinungen. Hauptsächlich mit den Instrumenten des Zivilrechtes werden bestimmte Vermögensverschiebungen oder Rechtsgestaltungen erzielt, an deren Existenz, bzw. «wirtschaftlichem Erfolg» steuerliche Folgen geknüpft werden.»¹⁵⁰

¹⁵⁰ Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 154-159; dans le même sens: Blumenstein, *Gegenseitige Beziehungen*, p. 142a ss; Blumenstein/Locher, p. 27; Koller, p. 41.

La dialectique téléologique résultant du fondement structurel du droit privé et du fondement économique du droit fiscal a occupé, voire préoccupé, nombre d'auteurs¹⁵¹.

D'un côté, les tenants d'un «courant légaliste» qui prônent une interprétation fidèle au fondement structurel de droit privé, tempérée par le recours à l'exception de l'évasion fiscale¹⁵².

De l'autre côté, les tenants d'un courant «utilitariste»¹⁵³ qui prônent une émancipation de la norme ou structure de droit privé vers une appréhension de la réalité économique. Ce courant de pensée a culminé avec l'arrêt ATF 115 1b 241 où le Tribunal fédéral a admis une interprétation autonome de la norme fiscale en consacrant le recours au point de vue économique comme méthode d'interprétation: «... l'admissibilité de l'appréciation selon le point de vue économique ne dépend d'ailleurs pas du point de savoir si les conditions d'un fait en vue d'éluider l'impôt sont remplies.»¹⁵⁴. Il n'y a alors plus de différence entre économie d'impôt et évasion fiscale. Il s'agit d'une méthode d'interprétation fondée essentiellement sur la téléologie spécifique du droit fiscal¹⁵⁵: appréhender fiscalement les effets économiques des agencements patrimoniaux de droit privé sans égard à la structure choisie. Le seul garant constitutionnel d'une telle méthode d'interprétation serait le principe de l'égalité de traitement qui trouve son expression fiscale dans le principe de la capacité contributive.

¹⁵¹ Pour ne citer que les plus représentatifs: Blumenstein; Blumenstein-Locher; Locher; Koller cités à la note marginale précédente; autres: Vallender, *Die Auslegung des Steuerrechts*; Höhn/Waldburger, *Steuerrecht I*; suivis d'un nombre considérable d'articles écrits par les auteurs précédemment cités et d'autres auteurs, à titre d'exemples: Ryser, *La fiscalisation par l'interprétation*; Böckli, *Steuerumgehung: Qualifikation gegen Läufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe*; Höhn, *Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung*; Känzig, *Von der wirtschaftlichen zur fiskalischen Betrachtungsweise*; Gygi, *Konsequenz und Inkonsequenz in der Verwendung der Methoden der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht*; Höhn, *Wirtschaftliche Betrachtungsweise*.

¹⁵² Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 163-164 avec diverses références, notamment à Blumenstein, le père de ce mode d'interprétation, confirmé par le Tribunal fédéral dans Archives 65, p. 834; voir aussi Rivier, *Droit fiscal*, p. 99-105.

¹⁵³ Expression inaugurée par Ryser/Rolli, p. 69, voir aussi, Rivier, *Droit fiscal*, p. 99; Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 164.

¹⁵⁴ Un arrêt sévèrement critiqué par la doctrine, notamment Ryser «*La fiscalisation par l'interprétation*», qui, le premier a parlé d'un courant utilitariste, contraire au principe de la légalité de l'impôt car il autoriserait une application systématique de la loi fiscale en fonction de la réalité économique chaque fois que la loi fiscale, par ses termes ou sa signification primaire, se réfère à un contexte économique.

¹⁵⁵ A ne pas confondre avec une interprétation téléologique de la norme fiscale. Locher, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, p. 171-172.

Mais comme le note Locher:

«Immerhin ist festzuhalten, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch nicht zum Selbstzweck erhoben werden darf. Es ist deshalb verfehlt, «zivilrechtliche Begriffe abweichend vom Zivilrecht zu verstehen, wenn sie adäquater Ausdruck der wirtschaftlichen Gestaltung sind. Ein spezifisch steuerrechtlicher Zweck, der eine abweichende Interpretation rechtfertigen würde, lässt sich nicht immer nachweisen.» Hauptächlich im Bereich der Rechtsverkehrsteuer und insbesondere bei den Erbschafts- und Schenkungssteuern, die unmittelbar auf zivilrechtliche Instituten fussen, drängt sich eine zivilrechtskonforme Deutung vielfach auf. Allerdings ist auch hier die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht völlig ausgeschlossen.»¹⁵⁶.

Soucieux de se distancer d'un discours dialectique, Koller préfère parler d'un problème de coordination entre les deux domaines du droit, à résoudre dans la recherche d'une convergence des valeurs régissant les deux «sous-systèmes juridiques»:

«Wechselwirkungen zwischen diesen beiden rechtlichen Subsystemen (...) können als Koordinationsproblem verstanden werden. Das oberste Koordinationsziel muss dabei darin bestehen, Wertungsdisparitäten zwischen dem Steuerrecht einerseits und dem Privatrecht andererseits auszuschalten und im Gegenzug Wertungskongruenz zwischen beiden Rechtsgebieten zu schaffen.»... «Jedes der beiden rechtlichen Subsysteme hat vielmehr in jedem Problembereich Aspekte des andern Rechtsbereichs unvoreingenommen auf ihren sachlichen Gehalt hin zu untersuchen und anschliessend unter Berücksichtigung eigener Grundwertungen sowie der Grundwertungen des andern Teilsystems adäquate Antworten für die sich stellenden Rechtsfragen zu finden.»¹⁵⁷.

C'est là un postulat certes louable et concevable sur le plan de la théorie intellectuelle. Il n'en reste pas moins que la relation droit privé – droit fiscal se caractérise par la convergence de fonctionnalités divergentes.

Locher¹⁵⁸ distingue ainsi deux paliers de convergence à examiner lors de l'application de la norme fiscale:

¹⁵⁶ Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 173 avec diverses références.

¹⁵⁷ Koller, *Wechselwirkungen*, p. 316-317.

¹⁵⁸ Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 180 avec référence à Thiel, notamment p. 181-182 et Blumenstein/Locher, p. 27-28.

Dans une première étape il s'agit d'examiner, tant sur le plan économique que sur le plan juridique, la convergence ou l'adéquation du contenu économique de l'état de fait avec la structure de droit privé choisie pour l'agencer: «*Auszugehen ist von einer Analyse des Steuersachverhaltes unter wirtschaftlichem und unter zivilrechtlichem Aspekt. Dabei geht es um die Abklärung, ob das zivilrechtliche Erscheinungsbild dem wirtschaftlichen Vorgang angemessen erscheint oder nicht*». Une divergence non voulue ferait passer la structure juridique choisie pour un acte simulé.

Dans une deuxième étape, il s'agit d'appliquer la norme, après en avoir dégagé le véritable sens, c'est-à-dire après l'avoir interprétée: «*Erst wenn darüber Klarheit herrscht, kann die Auslegung der Steuerrechtsnorm folgen, die der Beantwortung der Frage dient, ob der Steuerrechtssatz ans Zivilrecht, an wirtschaftliche Gegenbereiten oder an keines von beiden anknüpft.*»¹⁵⁹.

La méthode interprétative de Locher traduit le syllogisme sur lequel la norme fiscale, à l'instar de toute norme légale, est construite.

Appliquée aux relations trustales, la méthode interprétative de Locher nous amène à porter la double appréciation suivante:

- Le trust express privé constitue un instrument de planification patrimoniale économiquement adéquat et privilégié¹⁶⁰ et, sauf dans l'hypothèse où le constituant se compte parmi les bénéficiaires et trustees, il ne saurait y avoir simulation¹⁶¹.
- Dans le cadre de l'application de la norme fiscale, une interprétation autonome de la norme s'impose avec pour effet que, là où la norme se fonde sur un concept économique (revenu, fortune), il suffira de confronter l'adéquation des effets patrimoniaux résultant de la structure trustale avec le contenu fiscal du concept économique auquel il est fait référence dans la norme fiscale. Là où la norme fiscale définit l'objet de l'impôt en empruntant des concepts inhérents au droit privé, voire en se référant à des institutions de droit privé, une approche comparative du trust express privé avec les institutions de droit privé suisse homologues s'impose.

¹⁵⁹ Blumenstein/Locher, p. 28.

¹⁶⁰ Voir conclusions intermédiaires, sous 2.3.3.

¹⁶¹ Pour la notion de «sham trust», voir plus haut 1.5.1.

3.3 Réalité économique ou réalité juridique? Approche comparative, fonctionnelle dans le cadre d'une interprétation autonome de la norme fiscale

Höhn préconise une interprétation autonome de la norme fiscale, sans pour autant verser dans le courant «utilitariste»:

«Bei richtig verstandener Auslegung des Steuerrechts, die sich am Sinn der Norm orientiert, ist somit weder eine generelle zivilrechtliche noch eine generelle wirtschaftliche Betrachtungsweise allein richtig Massgebend ist stets der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt der betreffenden Norm.»¹⁶².

Nous partageons la conception de Höhn. La finalité de l'interprétation consiste en la recherche du sens de la norme. Cette recherche se fonde sur la mise en œuvre individuelle ou combinée des méthodes générales d'interprétation — interprétation littérale, interprétation historique, interprétation téléologique, interprétation systématique — dans le respect des principes constitutionnels régissant le droit fiscal¹⁶³.

L'interprétation littérale est la première démarche de l'interprète¹⁶⁴: *«Der Wortsinn einer Norm ergibt sich aus der sprachlichen Analyse des Normtextes (Wortlaut). Dieser bildet den unerlässlichen Ausgangspunkt jeder Auslegung.»¹⁶⁵.*

Avec Höhn¹⁶⁶ il faut convenir que l'interprétation littérale a une importance majeure en droit fiscal dans la mesure où les normes fiscales font appel à des notions qui, avec le temps, ont reçu un contenu spécifique au droit ou au domaine fiscal, («fachsprachlicher Inhalt»).

Fondamentalement, tous les concepts incorporés à la loi fiscale constituent des concepts de droit fiscal. Ils ont donc la signification que leur confère le droit fiscal. Encore convient-il de tenir compte du fait que l'origine des concepts utilisés est diverse et ne puise pas forcément dans le domaine fiscal proprement dit.

¹⁶² Höhn, *Steuerrecht*, p. 74.

¹⁶³ Rivier, *Droit fiscal*, p. 101 avec références.

¹⁶⁴ Rivier, *Droit fiscal*, p. 101 avec références.

¹⁶⁵ Höhn/Waldburger, p. 159.

¹⁶⁶ Höhn/Waldburger, p. 159.

3.3.1 Les concepts relevant de la vie économique

A côté de concepts inhérents au droit fiscal et que l'on pourrait qualifier de concepts autonomes¹⁶⁷, tels que la notion de période fiscale, la norme fiscale peut avoir recours à des concepts puisés dans la vie économique. Ces concepts seront interprétés de manière autonome, en tenant compte du but et de l'esprit de la norme fiscale, c'est-à-dire, cas échéant, en tenant compte de la réalité économique sous-jacente. Il en résulte que le contenu du concept utilisé dans la norme fiscale ne correspond pas au contenu du concept tel qu'il ressort de l'usage qui en est fait dans la vie économique: «*Diese Auslegung stimmt nicht immer mit der Bedeutung überein, die den Begriff im Wirtschaftsleben oder in anderen verwaltungsrechtlichen Erlassen zukommt.*»¹⁶⁸.

3.3.1.1 Le concept de revenu imposable et les distributions trustales

Les lois fiscales ne contiennent pas de définition générale et abstraite de la notion de revenu¹⁶⁹.

Comme le soulignent Ryser/Rolli, on est le plus souvent en présence «d'autant de catalogues énumérant de manière exemplative divers types de revenus» et assortis de clauses d'exclusion.

Sur le plan doctrinal, deux théories majeures s'affrontent:

D'une part, la *théorie des sources*: le revenu ne peut provenir que d'une source durable. Dès lors, tous les accroissements extraordinaires de patrimoine tels que donation, succession, gains en capital, ne font pas partie du revenu.

D'autre part, la *théorie de l'accroissement net du patrimoine*: le revenu équivaut à tout accroissement du patrimoine au cours d'une période donnée.

En ce qui concerne les personnes physiques, le Tribunal fédéral a donné sa préférence à une approche pragmatique¹⁷⁰, partagée par Höhn¹⁷¹:

«...pour les personnes physiques n'ayant pas d'entreprise astreinte à tenir des livres, le revenu déterminant pour l'imposition doit être fixé non pas selon une théorie du revenu supposée générale et obligatoire, mais au contraire sur la base du cas

¹⁶⁷ Höhn/Waldburger, p. 159.

¹⁶⁸ Höhn/Waldburger, p. 160 avec de nombreuses références; Rivier, *Droit fiscal*, p. 105.

¹⁶⁹ Blumenstein/Locher, p. 153; Cagianut, *Das Objekt des Einkommensteuer*, p. 43; Ryser/Rolli, p. 126 ss; Rivier, *Droit fiscal*, p. 299-301; Höhn/Waldburger, p. 304 ss; Oberson, p. 69 ss; Hirt, p. 125 ss.

¹⁷⁰ RDAF, 1989, p. 56.

¹⁷¹ Höhn/Waldburger, p. 306.

d'espèce, ou s'inspirant des exemples énumérés (non exhaustivement) à l'article 21 AIFD alinéa 1 (exemples positifs) et alinéa 3 (exemples négatifs), c'est-à-dire de manière pragmatique...».

L'article 16 LIFD et l'article 7 LHID donnent la préférence à la théorie de l'accroissement net du patrimoine.

La LIFD contient une clause générale qui englobe dans l'objet de l'impôt sur le revenu tous les revenus du contribuable, qu'ils soient périodiques ou uniques (article 16 LIFD), et un catalogue de «types» de revenu (articles 17 à 23 LIFD). La LIFD contient aussi une clause d'exclusion touchant les gains en capital réalisés lors de l'aliénation de la fortune privée (article 16 al. 3 LIFD), et une liste d'exonérations dont l'exhaustivité est, au demeurant, contestée (article 24 LIFD).

La LHID (article 7) contient une clause générale assortie d'une liste exhaustive d'exonérations.

Il en résulte, selon Oberson, que le revenu selon la LHID englobe «... *toutes les recettes (Einkünfte) provenant d'une activité, les rendements de fortune mobilière ou immobilière, voire d'autres sources*». Demeurent réservés les revenus expressément exonérés: gains en capital réalisés dans la fortune privée, donations et successions.

Les définitions de la LIFD et de la LHID vont s'imposer à plus ou moins brève échéance, mais jusqu'au terme d'une harmonisation complète des législations cantonales, il subsistera une «*diversité résiduelle*».

Face à cette diversité résiduelle, Ryser/Rolli proposent la mise en œuvre d'une démarche en trois temps pour savoir si un élément patrimonial constitue un revenu imposable:

- déterminer si la loi applicable contient une «clause générale»,
- si une telle clause existe, évaluer «l'étendue de l'aire couverte par les exclusions», définir la source du «surplus» et sa «réalisation» en la personne du contribuable;
- en l'absence de clause générale, consulter le catalogue des «types de revenus», à moins qu'il soit évident que l'accroissement patrimonial est un produit du travail ou le rendement d'un capital, auxquels cas il y a lieu de conclure à un revenu imposable¹⁷².

¹⁷² Ryser/Rolli, p. 129 ss, p. 136. Voir aussi Höhn/Waldburger, p. 306 ss.

Dans cette démarche tripartite, il conviendra toujours d'avoir égard aux exigences des principes constitutionnels régissant le droit fiscal, notamment les principes de la légalité de l'impôt et de l'égalité de traitement, à défaut de verser dans une tendance «utilitariste», contraire aux dits principes¹⁷³.

En matière de trust, la qualification des distributions trustales se fera «de lege fori», au regard des principes énumérés ci-dessus.

Dans le cadre du fixed interest trust et notamment du life interest trust où le bénéficiaire est réputé disposer d'une créance en versement des revenus du trust à l'encontre du trustee, le revenu trustal distribué garde son identité originaire (intérêt, dividende, royauté), le trust est un «conduit», voir plus loin 5.2.3. Intérêt, dividendes et royauté constituent en tant que «rendement de la fortune mobilière ou immobilière» un revenu imposable. Quant aux gains en capital réalisés sur le capital («corpus») du trust, ils gardent aussi leur qualification originelle, dans le cadre du fixed interest trust. Une distribution trustale résultant d'un gain en capital, relève, dès lors, de la clause d'exclusion et ne constitue pas un revenu imposable auprès du bénéficiaire et contribuable.

Dans le cadre du discretionary trust, le revenu trustal est fiscalement imputé au trust, le bénéficiaire ne dispose que d'une expectative.

La distribution trustale effectuée à partir du discretionary trust et, notamment, du trust d'accumulation doit être qualifié «d'autre revenu» au sens conventionnel du terme. La qualification et l'imposition de cet «autre revenu» sont attribués à l'Etat de résidence du bénéficiaire.

La qualification du terme «autre revenu» incombe donc à l'Etat de résidence du bénéficiaire sans égard à une éventuelle qualification opérée par l'Etat de la source (voir note marginale 276, ci-après). C'est au regard des principes énoncés précédemment que se fera la qualification.

¹⁷³ ATF 115 1b 241 et les critiques de la doctrine, voir ci-dessus, note 154.

Hirt, p. 143-144: «Auf jede Umschreibung des Einkommensbegriffes verzichten die Kantone AI und ZH.

Zehn Kantone (AR, BE, FR, GL, NE, SG, SH, SZ, VD, ZG) bezeichnen das Einkommen als Ausfluss bestimmter Quellen, namentlich aus Erwerbstätigkeit und Vermögensertrag.

Alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünften zum steuerbaren Einkommen zählen 12 Kantone (BL, GE, GR, JU, LU, NW, OW, SO, TI, TG, UR, VS) zwei Kantone (AG, BS) bezeichnen das gesamte Einkommen jeder Art als steuerbar.»

L'auteur cite les articles de loi dans les notes marginales, nous n'avons reporté ici que les sigles usuels des cantons concernés. Une vérification des lois d'impôts cantonales confirme que le recensement de Hirt est encore d'actualité.

Pour Rysler/Rolli:

«... si (par contre) le bénéficiaire n'a qu'un droit d'expectative et que des revenus accumulés lui sont distribués, la question de leur imposabilité dépend d'un choix conceptuel (que les cantons n'ont, en général, pas encore entrepris de faire); si l'on adhère à la conception que ce qui a été recueilli par les trustees en tant que revenu conserve toujours sa nature de revenu, on aboutira à l'imposabilité dans le chef du bénéficiaire lors d'une distribution subséquente. Si, inversement, la vue prévaut que les revenus recueillis par les trustees sont en principe imposables dans leur chef (dans la juridiction où le trust est localisé) et que dès lors leur distribution subséquente revient à une distribution de capital, ou aboutira à la défiscalisation dans les mains du bénéficiaires.»¹⁷⁴.

L'approche comparative fonctionnelle du discretionary trust avec la fondation ordinaire (voir 2.4) nous conduit à ébaucher une réponse en nous fondant sur l'appréhension fiscale des distributions, ou attributions, faites aux destinataires d'une fondation ordinaire.

Mis à part la loi sur les impôts directs du canton de Bâle Campagne (§ 23 al. 1 BL-StG du 07.02.1974) qui étend expressément la notion de revenu imposable à toute prestation faite par une personne physique ou par une personne morale assimilée à une personne physique (par quoi il faut entendre les fondations), les lois fiscales des autres cantons ne sont pas explicites, et consacrent soit la théorie de l'accroissement net du patrimoine au travers d'une clause générale (toute prestation qu'elle soit périodique ou unique constitue un revenu imposable), soit la théorie des sources (à titre d'exemple, FR-LIC, art. 27 al. 1: «Est soumis à l'impôt sur le revenu l'ensemble du revenu du contribuable provenant d'une activité lucrative, de la fortune et d'autres sources.»), et instituent une clause d'exclusion.

La loi fiscale fribourgeoise, consacre expressément sous la rubrique des revenus d'autres sources: «... les donations entre vifs lorsqu'elles servent à l'entretien régulier du bénéficiaire.» (art. 31b *in fine* FR-LIC). La loi fiscale fait de la périodicité de l'attribution un critère pour son imposabilité au titre de revenu.

C'est à notre avis le critère qu'il faut retenir. La périodicité respectivement l'apériodicité, des distributions trustales provenant d'un discretionary trust décide de leur imposabilité au titre de revenu, ou de leur exclusion du champ d'imposition

¹⁷⁴ Rysler/Rolli, p. 156.

au titre de revenu (voir aussi ci-après 3.3.2.2 et 4.2.2.2), et ceci sans égard à la source de financement de la distribution trustale: revenu, revenu accumulé ou gain en capital réalisé sur le capital trustal.

Le critère de l'apériodicité de la distribution trustale pour conclure à son exclusion du champ de l'imposition au titre de revenu est renforcé, à notre avis, par un indice qui, sans lier le praticien suisse, plaide aussi en faveur d'une exonération: la requalification des revenus trustaux d'ores et déjà taxés et accumulés en capital par l'Etat de la source. L'imposition du revenu trustal au niveau du trust par l'Etat de la source autorise une imposition sur une base nette à défaut d'exonération. Demeurent réservés les dispositions conventionnelles spéciales telles que, par exemple, l'article 22 al. 2 CDI-RU, voir ci-après 5.4.2.1.

Il incombe au bénéficiaire et contribuable de prouver que la distribution dont il bénéficie entre dans le catalogue des exclusions, notamment en raison de son caractère aléatoire et unique, ou qu'elle a déjà fait l'objet d'une imposition au niveau du trust entraînant sa requalification en capital dans l'Etat de la source.

3.3.2 Les concepts relevant du droit privé

La norme fiscale peut également avoir recours à des concepts qui trouvent leur origine dans d'autres domaines du droit, notamment dans le droit privé.

Convient-il, dans un tel cas, de prendre en compte exclusivement le contenu de droit privé du concept emprunté à ce domaine, ou peut-on étendre ledit contenu à une réalité économique comparable?

Höhn¹⁷⁵ opère, à juste titre, une sous-distinction parmi les notions de droit civil empruntées par le législateur fiscal:

- Les notions qui relèvent du vocabulaire courant mais qui ont trouvé un fondement «régulatoire» en droit privé, telles que, par exemple, les notions d'intérêt et de possession, auxquelles nous ajoutons la notion de fortune et la notion de donation sans référence expresse à l'article 239 CO.
- Les notions qui désignent des institutions du droit privé, par exemple la donation au sens de l'article 239 CO, la notion de fusion au sens de l'article 748 CO, etc.

¹⁷⁵ Höhn/Waldburger, p. 161, la distinction opérée par Höhn a déjà caractérisé une démarche intellectuelle analogue de son prédécesseur: Blumenstein, voir Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 159 avec références; Höhn/Waldburger, p. 163; Archives 46, p. 412 ss.

«Bei den zivilrechtlichen Begriffen sind zwei Arten zu unterscheiden. Eine grosse Zahl der im Zivilrecht verwendeten Begriffe bezeichnet Tatbestände, die im gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Zusammenleben begründet sind und durch das Zivilrecht in bestimmter Weise geregelt werden (z.B. «Zins», «Liquidation», «Kaufpreis», «Grundstück»). Die anderen zivilrechtlichen Begriffe bezeichnen Institutionen, die durch das Zivilrecht geschaffien worden sind («Errungenschaftsbeteiligung», «Aktiengesellschaft», «Kollektivgesellschaft», «Fusion, gemäss OR 748».)»

Il est unanimement admis que là où la norme fiscale fait référence à une institution du droit privé, le contenu juridique de cette dernière sera celui que lui confère le droit privé. Toutefois, c'est là une présomption qui n'est pas irréfragable.

Dans les autres cas où la norme fiscale ne se réfère pas à une institution du droit privé pour désigner la transaction imposable mais où, néanmoins, la structure choisie par les parties pour agencer leurs relations patrimoniales, relève du droit privé, le Tribunal fédéral, statuant comme autorité de recours contre une décision d'application du droit public cantonal, a jugé qu'il n'est pas arbitraire de la part de l'autorité cantonale de se fonder sur la réalité économique lorsque des raisons objectives et pertinentes le justifient. Statuant comme autorité de recours contre une décision d'application du droit fédéral, le Tribunal fédéral a, en revanche, jugé que l'autorité fiscale ne pouvait s'écarter de la forme juridique choisie par les parties, et se fonder sur la réalité économique, qu'en cas d'évasion fiscale¹⁷⁶.

Comme le relève Höhn à juste titre les concepts de droit privé utilisés par la norme fiscale doivent recevoir, en droit fiscal, une interprétation autonome:

«Zivilrechtliche Begriffe, die in Steuergesetzen verwendet werden, haben wie alle steuergesetzlichen Begriffe jene Bedeutung, die ihnen im Zusammenhang mit der betreffenden steuerrechtlichen Regelung zukommt. Diese Bedeutung deckt sich nicht unbedingt mit jener, die im Zivilrecht gilt. Das trifft vor allem für jene Begriffe zu, die nicht nur im Zivilrecht enthalten sind, sondern die auch in der Wirtschafts- und Alltagssprache Verwendung finden und dort eine Bedeutung haben, die nicht mit der zivilrechtlichen übereinstimmt. Solchen Begriffen kommt häufig auch im Steuerrecht jene Bedeutung zu, die sie im Zivilrecht haben. Was das Bundesgericht als nicht willkürlich betrachtet, erscheint daher bei solchen Begriffen als sach-

¹⁷⁶ Archives 55, p. 657 ss; Archives 11, p. 367 ss. Höhn/Waldburger, p. 162; Rivier, p. 105; Oberson, p. 43; Ryser/Rolli, p. 67-68.

gerecht, nämlich dass die zivilrechtliche Bedeutung nicht massgebend ist, wenn triftige sachliche Gründe dafür sprechen, dass diese Begriffe im Steuerrecht eine andere Bedeutung haben.

Etwas anders verhält es sich bei jenen Begriffen, welche Institutionen bezeichnen, die durch das Zivilrecht erst geschaffen worden sind (z.B. «Errungenschaftsbeteiligung», «Aktiengesellschaft» usw.). Hier spricht eine starke, wenn auch nicht unumstössliche Vermutung dafür, dass diese Begriffe im Steuerrecht im gleichen Sinn verwendet werden wie im Zivilrecht.»¹⁷⁷.

Deux aspects de la fiscalité des relations trustales soulignent cette corrélation interprétative entre le droit privé et le droit fiscal, et servent à illustrer les propos qui précèdent:

- Le concept de fortune imposable et le capital du trust express privé
- Le concept de donation et la constitution d'un trust par acte entre vifs ou à cause de mort

3.3.2.1 Le concept de fortune imposable et le capital («corpus», fortune) du trust

A l'origine la notion de fortune est une notion juridique, de droit privé: la fortune est l'ensemble des choses et des droits qui sont la propriété privée d'une personne. Les simples expectatives n'en font pas partie¹⁷⁸.

C'est ensuite une notion qui relève du langage économique commun, que le droit fiscal a défini de manière autonome.

La fortune en tant que notion fiscale est non seulement fondée sur la notion formelle de propriété du droit privé, mais encore sur la notion de bénéfice économique: *«wirtschaftlicher Nutzen»*. Il en résulte que la fortune est imposable auprès de la personne pouvant économiquement disposer du bien ou du droit en question, ou qui, à l'instar de l'usufruitier, en a le bénéfice économique:

«Für die Zurechnung von Rechten zum Vermögen eines Steuerpflichtigen ist nach steuerrechtlicher Auffassung massgebend, dass diesem nicht nur das formal-zivilrechtliche Recht, sondern auch der wirtschaftliche Nutzen zukommt. Das

¹⁷⁷ Höhn/Waldburger, p. 163.

¹⁷⁸ Herzog, p. 25-26; Oberson, p. 143; Blumenstein-Locher, p. 150; Rivier, *Droit fiscal*, p. 503.

Hauptgewicht wird auf die wirtschaftliche Verfügungswalt gelegt. Unter diesem Gesichtspunkt wird Vermögen einer juristischen Person (namentlich Stiftung) dem Stifter zugerechnet, sofern er sich die ausschliessliche Verfügung darüber vorbehalten hat.»¹⁷⁹.

La notion de fortune étant une notion certes définie par le droit privé, mais relevant aussi du langage économique courant, il est admissible que, là où elle est utilisée par le droit fiscal, l'autorité d'application de la norme puisse en interpréter le contenu en se fondant sur la réalité économique de la structure juridique choisie par le contribuable.

La prise en considération par l'autorité fiscale cantonale, lors de l'application de la loi fiscale cantonale, de la réalité économique sous-jacente à la notion de fortune, a été soutenue par le Tribunal fédéral comme n'étant pas arbitraire, mais se justifiant par des raisons objectives et pertinentes:

L'arrêt du 7 juin 1983 de la Commission cantonale de recours en matière d'impôt du canton de Vaud illustre cette approche:

X, de nationalité canadienne et domicilié dans le canton de Vaud est bénéficiaire d'un trust canadien créé par son grand-père. X reçoit du trust créé à Montréal l'essentiel de ses revenus. X recourt contre la décision de la Commission d'impôt de district d'imposer au titre de la fortune la valeur capitalisée des revenus du trust, et allègue que les avoirs du trust canadien ne pouvaient représenter de la fortune imposable en ce qui le concerne, puisqu'il n'a aucun droit de propriété, ni de droit analogue sur ces avoirs.

La Commission cantonale de recours en matière d'impôt a rejeté le recours de X en motivant comme suit sa décision:

«La notion de fortune quoique juridique du point de vue formel, est matériellement un concept économique: elle comprend en effet l'ensemble des biens et des droits appréciables en argent qui sont à la disposition d'une personne (cf. E. Blumenstein, *System des Steuerrechts*, p. 107). Peu importe donc, en principe, la forme juridique des rapports de droit qui relient cette personne à ces biens ou droits appréciables en argent: il pourra s'agir de propriété, d'usufruit ou d'une autre institution de droit privé; le seul élément essentiel est l'effet économique de cette relation juridique, soit

¹⁷⁹ Blumenstein-Locher, p. 151. Les auteurs citent l'article 13 al. 2 LHID qui étend l'imputabilité de la fortune imposable à l'usufruitier qui en a le bénéfice du rendement. Ils soulignent que cet article de loi établit une définition fiscale, autonome, purement économique de la notion de fortune, au demeurant expressément reconnue par la jurisprudence en matière de double imposition intercantonale; voir aussi Herzog, p. 24.

le fait que ces biens ou droits appréciables en argent soient à la disposition de la personne en question, c'est-à-dire le fait qu'elle puisse en user en tant que source de revenu. Il en résulte que la fortune est imposable en principe auprès de la personne pour laquelle elle représente une source de revenu (suivent diverses références jurisprudentielles).»...

«D'un point de vue économique, le recourant dispose de sa part de la fortune du trust, puisqu'elle est gérée dans son intérêt exclusif et qu'elle représente pour lui une source de revenu. Or, c'est précisément pour un tel motif que le législateur a introduit en ce qui concerne l'usufruit, la règle qui figure à l'art. 8 LI. Dans ces conditions, il apparaît clairement que la règle en question doit être appliquée également au cas d'espèce, qui ne pouvait être prévu par le droit suisse nonobstant les différences qui distinguent par ailleurs, au plan du droit civil, le trust de l'usufruit.»¹⁸⁰.

Saisi d'un recours de droit public pour arbitraire, le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la Commission vaudoise de recours en relevant notamment que l'autorité fiscale pouvait se fonder sur la réalité économique sans que la loi fiscale cantonale prévoie expressément cette possibilité si des raisons objectives et pertinentes le justifient. En l'espèce, jugea le Tribunal fédéral, l'assimilation du bénéficiaire d'un trust anglo-saxon à un usufruitier effectuée par la Commission cantonale de recours n'était pas arbitraire¹⁸¹.

Dans un cas semblable du 28 mai 1956, la Commission cantonale vaudoise de recours avait déjà jugé que la fortune constituée en trust anglo-saxon est imposable chez le bénéficiaire du trust domicilié dans le canton au même titre qu'une fortune soumise à usufruit¹⁸².

Dans un arrêt du 16 mars 1962, le Tribunal administratif du canton de Zurich jugeait semblablement à propos du bénéficiaire d'un trust testamentaire, en confirmant une jurisprudence plus ancienne¹⁸³.

Rappelons que seul le bénéficiaire d'un fixed interest trust, titulaire d'un «vested interest» peut être considéré comme titulaire du pouvoir de disposer économiquement du patrimoine trustal. Il peut notamment requérir du trustee qu'il mette fin

¹⁸⁰ L'art. 8 LIVD a la teneur suivante «Les biens grevés d'usufruit et le revenu s'ajoutent à ceux de l'usufruitier. Le propriétaire répond solidairement avec l'usufruitier de l'impôt afférent à ces biens».

¹⁸¹ Archives 55, p. 657 ss, dans le même sens: Archives 11, p. 367 ss.

¹⁸² Revue fiscale, 1958, p. 143 ss; le même arrêt a été publié dans RDAF, 1957, p. 145 ss.

¹⁸³ ZBL 63, p. 123 ss.

au trust et lui attribue sa part à la fortune trustale¹⁸⁴. La jurisprudence précitée est conforme aux principes de la réalisation et de l'attribution (voir 3.4) en ce qu'elle s'applique au bénéficiaire d'un fixed interest trust, et notamment au bénéficiaire d'un life interest (life tenant).

Le bénéficiaire d'un trust discrétionnaire n'a en revanche qu'une expectative («contingent interest»), voire qu'une attente en ce qui concerne les distributions trustales. Il n'a, notamment, pas le pouvoir de requérir du trustee qu'il mette fin au trust et que la fortune trustale lui soit allouée («... he is not absolutely entitled»)¹⁸⁵, dès lors, la fortune du trust ne saurait lui être imputée fiscalement: «... bei den Einkommens- und Vermögenssteuer bestimmt die Beziehung zwischen Steuersubjekt und Steuerobjekt die Zurechnung des Einkommens und des Vermögens zu den Steuersubjekten»¹⁸⁶.

3.3.2.2 *Le concept de donation et la constitution d'un trust express privé par acte entre vifs ou à cause de mort*

L'interférence entre le droit privé et le droit fiscal est manifeste dans le domaine des impôts sur les donations et successions où le législateur fiscal se réfère aux concepts, voire aux institutions, du droit civil pour désigner la transaction imposable.

Rappelons que l'impôt sur les donations et successions est un impôt sur les transactions en raison de son objet, et un impôt sur l'enrichissement en raison de son but¹⁸⁷.

Une interprétation autonome de la norme fiscale admet que là où la norme fiscale fait référence à une institution de droit privé, le contenu juridique de celle-ci sera celui que lui confère le droit privé. En revanche, là où la loi fiscale recourt à une notion certes définie par le droit privé, mais qui relève, simultanément, du monde économique, il est admis que cette notion soit interprétée de manière autonome, fiscale. C'est le cas de la notion de «donation» utilisée par le législateur fiscal cantonal sans référence expresse à l'article 239 CO.

La notion de donation peut recevoir un contenu fiscal, autonome¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Arrêt Saunders v. Vautier, voir annexe 4.

¹⁸⁵ Arrêt Saunders v. Vautier, voir annexe 4.

¹⁸⁶ Höhn/Waldburger, p. 293.

¹⁸⁷ Rochat, p. 25 ss; Sieveking, p. 9; Böckli, *Indirekte Steuer und Lenkungssteuer*, p. 323 ss.

¹⁸⁸ Rochat, p. 35: «En matière fiscale, le principe de la légalité veut que la loi désigne elle-même les actes qui donnent ouverture à l'impôt, mais il laisse au législateur la liberté de procéder comme il l'entend. S'agissant du droit de donation, l'auteur de la loi a le choix entre plusieurs méthodes:

La notion fiscale de donation relève de trois critères cumulatifs qui constituent, au demeurant, les dénominateurs communs des définitions légales, doctrinales et jurisprudentielles de la notion de donation, tant en droit privé qu'en droit fiscal¹⁸⁹:

La donation est:

- un acte d'attribution (Zuwendung)
- gratuit (unentgeltlich)
- qui procède d'une intention libérale (animus donandi)

Un acte d'attribution, pour Rochat¹⁹⁰, la donation étant un acte d'attribution bilatéral, la constitution d'une fondation, définie comme l'affectation unilatérale d'un patrimoine à un but déterminé, n'entrerait pas dans la notion fiscale de la donation et serait, dès lors, hors du champ de l'impôt:

«La constitution d'une fondation est un acte juridique unilatéral: le fondateur est seul; il affecte une part de sa fortune à un but, il organise la gestion de ce patrimoine et l'ordre juridique confère la personnalité à cette entité dépourvue d'origines. Il n'y a donc pas d'attribution à une personne préexistant à l'acte; c'est l'affectation elle-même qui, avec l'aide de la loi, crée une personne nouvelle. Par conséquent, sauf disposition contraire de la loi, la constitution d'une fondation par acte entre vifs n'est pas passible du droit de donation.»

-
- il peut recourir aux moyens que lui offre le droit civil et renvoyer purement et simplement à la définition de l'art. 239 CO; dans ce cas, seules les libéralités qui réunissent les éléments constitutifs de la donation au sens du CO sont passibles du droit: aucun législateur suisse n'a fait usage de cette faculté, au contraire de l'auteur de la loi allemande qui s'est référé au BGB;
 - il peut aussi poser lui-même une définition; le fait que la libéralité se présente sous les dehors d'une donation au sens de la loi civile n'a plus aucune importance: pour que naisse la créance d'impôt, il faut et il suffit que l'acte remplisse les conditions requises par la loi fiscale;...
 - l'auteur de la loi peut enfin se borner à déclarer la «donation» passible de l'impôt sans préciser davantage.

Rochat distingue par la suite autant de groupes de législations cantonales qu'il y a d'approches sur le plan de la systématique législative.

¹⁸⁹ Rochat, p. 60. Pour une interprétation autonome fiscale de la notion de donation, également: Böckli, *Indirekte Steuer und Lenkungssteuer*, p. 340; Dietsch, *Zum Schenkungsbegriff im Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht*; Mautz, Beerli-Looser, *Gegenstand der Erbschafts- und Schenkungssteuer*, contra: Rivier, *L'impôt sur les successions et donations*, p. 227.

¹⁹⁰ Rochat, p. 47-48.

Rochat ajoute:

«Au contraire de la fondation proprement dite, la fondation fiduciaire, dite aussi dépendante (unselbständige Stiftung) est un acte juridique bilatéral, c'est-à-dire passé entre deux personnes dont l'un, A, transfère la propriété d'un certain nombre de biens (ou cède une créance) à l'autre, B, qui s'engage à les utiliser de la manière prescrite par A. La fondation fiduciaire se réalise généralement dans les formes du mandat, du legs ou de la donation avec charge; dans cette dernière hypothèse, elle est soumise au régime des donations submodo...».

Nous ne souscrivons pas à la thèse de Rochat en ce qui concerne la constitution d'une fondation proprement dite:

Outre que, depuis la publication de l'ouvrage de Rochat, toutes les législations cantonales soumettent expressément la constitution d'une fondation par acte entre vifs ou à cause de mort¹⁹¹ à l'impôt sur les donations et successions, il faut convenir avec Böckli¹⁹² que lorsqu'une fondation est constituée par acte entre vifs ou à cause de mort, c'est la personne morale ainsi constituée qui est l'attributaire du patrimoine affecté (sauf exonération légale).

En tant qu'*acte d'attribution*, la libéralité peut être directe ou indirecte comme dans la stipulation pour autrui. Rappelons que la stipulation pour autrui est une convention par laquelle un sujet (le stipulant) se fait promettre par un autre (le promettant) une prestation en faveur d'un tiers (le bénéficiaire). Parfaite, la stipulation donne au bénéficiaire (à côté du stipulant) une action directe contre le promettant. Imparfaite, la stipulation n'accorde au bénéficiaire qu'une expectative. Krauskopf se demande à juste titre si le destinataire d'une fondation n'a pas une position analogue à celle d'un tiers-bénéficiaire d'une stipulation pour autrui: *«Überlegenswert ist, ob nicht z.B. dem Destinatär einer Stiftung eine Rechtsstellung analog derjenigen des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter eingeräumt werden soll, sofern dies dem Stifter willen entspricht»*¹⁹³. C'est sans conteste le cas en matière trustale.

Gratuit, l'acte d'attribution ne comprend aucune contre-prestation et n'est pas l'accomplissement d'une obligation préexistante.

¹⁹¹ Steuerinformationen, 1997, *Die Erbschafts- und Schenkungssteuer*.

¹⁹² Böckli, *Indirekte Steuer und Lenkungssteuer*, p. 338.

¹⁹³ Engel, p. 417; Krauskopf, p. 44.

Qui procède d'une intention libérale, ou *animus donandi*, qui permet de qualifier juridiquement la transaction imposable de donation et de la distinguer de toutes les autres attributions gratuites qui ne sont pas des libéralités¹⁹⁴.

L'arrêt ATF 118 Ia 497 ss¹⁹⁵ illustre bien les considérations qui précèdent.

Appelé à se prononcer comme instance de recours, dans un pourvoi du chef d'arbitraire, concernant la taxation d'une donation mixte au sens du droit fiscal bernois, le Tribunal fédéral, a retenu entre autres:

«a) Art. 3 Abs. 1 ErbSG umschreibt den Begriff der Schenkung. Der steuerrechtliche, Schenkungsbegriff deckt sich nicht in jeder Hinsicht mit jenem des Zivilrechts; er kann Besonderheiten aufweisen, die sich aus dem Zweck des Gesetzes oder aus Gründen der Praktikabilität ergeben. Beiden Begriffen sind jedoch die Merkmale der Vermögenszuwendung, der Unentgeltlichkeit und, dass der Zuwendungs-empfänger für seinen Vermögenserwerb keine Gegenleistung erbracht hat. Die subjektive Voraussetzung des Zuwendungswillens bedeutet, dass der Zuwendende Wissen und Wollen bezüglich der Vermögenszuwendung und der Unentgeltlichkeit haben muss.

b) Art. 3 Abs. 2 ErbSG regelt den Tatbestand der gemischten Schenkung. Danach werden entgeltliche Rechtsgeschäfte mit offensichtlichem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in bezug auf die Wertdifferenz einer «Schenkungs gleichgestellt». Aus dieser letzten Formulierung abzuleiten, dass bei solchen zweiseitigen Geschäften eine Schenkungssteuer auch ohne Vorliegen des Schenkungswillens geschuldet sei, ist unhaltbar. Das fragliche bernische Gesetz will, wie bereits aus seinem Titel und aus den Umschreibungen in Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 ErbSG hervorgeht, nur Vermögensanfänge, die eine Schenkung darstellen oder – trotz eines äusserlich zweiseitigen Leistungsverhältnisses – auf eine Schenkung hinauslaufen (gemischte Schenkung), nicht aber blosse Verkehrsvorgänge erfassen.

¹⁹⁴ Un point de vue controversé dans la doctrine, voir Höhn/Waldburger, p. 733; Muster, p. 305 ss; Böckli, *Indirekte Steuer und Lenkungssteuer*, p. 339 ss, mais confirmé par la jurisprudence; Richner/Frei, note 2 ad 54.

Rivier, *Droit fiscal*, p. 520, rappelle que deux critères, appliqués cumulativement, permettent de délimiter le champ d'application de l'impôt sur le revenu et le champ d'application de l'impôt sur les donations et successions:

- i) l'origine du bien transféré (le bien doit provenir du patrimoine du donateur ou du défunt);
- ii) l'absence de contre-prestation.

¹⁹⁵ Aussi, Archives 62, p. 436 ss.

Der steuerrechtliche Schenkungsbegriff braucht zwar, wie allgemein anerkannt ist, mit jenem des Zivilrechtes nicht übereinzustimmen. Immerhin muss es sich um ein Rechtsgeschäft handeln, das, wenn nicht im zivilrechtlichen Sinn, so doch nach dem allgemeinen Wortsinn, noch als Schenkung bezeichnet werden kann. Eine Auslegung, welche jeden günstigen Kauf (Verkauf) einer Sache, ungeachtet der konkreten Umstände und des fehlenden Zuwendungswillens der Beteiligten, allein wegen der Wertdifferenz zwischen den beidseitigen Leistungen als Schenkung betrachten will, sprengt die durch Wortlaut und Zweck des Gesetzes gegebenen Schranken. Wie das Bundesgericht bereits betreffend die damals gleichlautende Bestimmung des basellandschaftlichen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes festgestellt hat kann es unmöglich Sinn des zweiten Absatzes von Artikel 3 sein, in allen Fällen vertraglicher Leistungen, denen keine auch nur annähernd gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, mit einer besondern Steuer zu belegen (BGE 65 I 212; bestätigt in BGE 98 Ia 263, 102 Ia 426). Es besteht kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Aufgrund des Wortlauts und des Zwecks der massgeblichen Gesetzesbestimmungen ist somit auch für den Tatbestand der gemischten Schenkung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ErbSG ein Zuwendungswille erforderlich.»

Dans le même sens (animus donandi comme critère pour qualifier l'attribution de donation), et relatif à des attributions faites par une fondation du Liechtenstein, un arrêt zurichois, a été publié dans ZstP 1/1998, p. 52 ss:

Dans cet arrêt le Tribunal administratif zurichois a estimé qu'il incombe au contribuable zurichois, bénéficiaire d'une fondation sise au Liechtenstein, et qui prétend qu'une attribution lui a été faite à titre gratuit, de le prouver. Le contribuable doit étayer tous les faits d'où l'on peut conclure, sans investigations complémentaires de la part de l'autorité fiscale, qu'il y a donation.

Selon le Tribunal administratif zurichois la fondation ne peut pas, par définition, être l'auteur d'une donation, car le conseil de fondation n'agit pas selon son libre-arbitre mais en vertu des statuts de la fondation ou d'un règlement. *C'est «l'animus» du constituant-fondateur*, notamment «l'animus donandi», qui est déterminant pour la qualification juridique de l'attribution. Or, en l'espèce, l'identité du constituant et le rapport entretenu par ce dernier avec le contribuable sont restés inconnus. Dès lors que les faits ne permettaient pas d'établir le motif juridique à la base de l'attribution, le Tribunal administratif zurichois a conclu que la preuve que l'on était en présence d'une attribution n'entrant pas dans la catégorie des revenus imposables n'était pas apportée, et a qualifié le montant distribué par la fondation liechtensteinoise au bénéficiaire, contribuable zurichois, de revenu extraordinaire imposable.

En l'espèce, la spécificité du cas réside dans l'ambiguïté du rôle joué par l'attributaire, à la fois conseil de fondation et bénéficiaire, ambiguïté probablement non résolue dans les statuts ou le règlement de la fondation, et qui est à l'origine de l'ambiguïté du motif à la base de l'attribution: *solvendi causa*, *donandi causa*?

Il convient d'apprécier avec retenue cet arrêt dont les conclusions sont étroitement liées à la spécificité du cas d'espèce, et ne sauraient servir de ligne directrice dans la pratique fiscale en matière de trust:

Bien que formant un patrimoine organisé, le trust, contrairement à la fondation, n'est pas doté de la personnalité juridique qui a pour effet de produire une césure entre l'*animus* du fondateur et l'*animus*, juridiquement autonome, de la fondation. Dans le cas du trust, l'*animus* du constituant est tout entier dans l'acte constitutif du trust.

Il y a lieu toutefois de distinguer:

- le cas du *fixed interest trust* où le bénéficiaire, au bénéfice d'une stipulation pour autrui parfaite, a une créance directe contre le trustee en exécution des attributions stipulées en sa faveur par le constituant: il n'y a pas de césure entre l'*animus* donandi du constituant et l'attribution exécutée par le trustee, le trustee est doté des pouvoirs et assume les obligations qu'impose la mise en œuvre de l'*animus* du constituant
- du cas du *discretionary trust* où le bénéficiaire n'est que le destinataire d'une stipulation pour autrui imparfaite, et n'a pas de créance directe en exécution contre le trustee. C'est ce dernier qui décide du moment et de l'étendue de l'attribution voire désigne la personne de l'attributaire. On peut dès lors concevoir qu'il y a, dans le cadre du *discretionary trust*, une césure entre l'*animus* donandi du constituant et l'attribution faite au bénéficiaire, comme dans le cadre d'une fondation autonome.

Pour que naisse la créance fiscale, l'attribution doit être effective, accomplie. Elle doit avoir perdu toute précarité¹⁹⁶.

Savoir si la constitution d'un trust express privé de droit anglais répond à la notion fiscale de la donation telle que nous l'avons brièvement étayée ci-dessus (et qui, au demeurant, est commune à toutes les législations cantonales) ou à l'une des institutions de droit privé désignée par le législateur cantonal comme objet de l'impôt sur les donations et successions, implique une qualification de l'institution de droit étranger «... à partir des faits bruts et des conséquences juridiques qu'ils produisent dans

¹⁹⁶ Rochat, p. 62 ss.

le système étranger en cause»¹⁹⁷. En l'absence d'une norme de reconnaissance (ou explicitant les effets d'une reconnaissance, rappelons que l'article 150 LDIP est muet à ce sujet), il faut opérer par transposition comparative et retenir dans notre système juridique l'institution juridique correspondant fonctionnellement à la réalité juridique établie par les rapports de trust de l'espèce. La qualification une fois effectuée selon cette méthode comparative, «... c'est la règle fiscale correspondant à l'institution retenue comme étant la plus proche qui s'appliquera.»¹⁹⁸.

Comme nous l'avons vu sous 2.4 ci-dessus, l'approche fonctionnelle dans le cadre de l'article 150 LDIP impose de comparer le fixed interest trust à une fondation non autonome doublée d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur du/des bénéficiaire(s) du trust: la constitution du patrimoine trustal séparé, affecté aux bénéficiaires relève d'une donation sub modo, procédant d'une intention libérale du constituant à l'égard des bénéficiaires. Elle est «... un complexe de deux libéralités, dont l'une a ceci de particulier qu'elle revêt la forme d'une stipulation pour autrui.», directement imposable au titre de donation, au sens fiscal du terme¹⁹⁹.

Pour le discretionary trust, nous avons retenu (2.4), une approche comparative fonctionnelle avec la fondation autonome assortie d'une stipulation pour autrui imparfaite: le trust, au travers des trustees, est l'attributaire du patrimoine (capital, «corpus», fortune) affecté au trust, et les bénéficiaires ne sont que des «bénéficiaires-expectatifs».

Il n'est pas rare, dans le cadre d'un fixed interest trust ou d'un discretionary trust, que le constituant se réserve, ou réserve à un tiers («life tenant»), l'attribution des revenus du patrimoine trustal («corpus», fortune trustale) sa vie durant (voir modèle, life interest settlement, annexe 2, clause 3.1). Dans un tel cas la stipulation pour autrui en faveur du ou des bénéficiaire(s) est doublée, sur un plan comparatif, fonctionnel, de la constitution d'un usufruit.

¹⁹⁷ Knoepfler/Schweizer, p. 136-137; Richer/Frey, notes 87 et 88 ad § 3 ZH *Erbschafts- und Steuergesetz*; Böckli, *Indirekte Steuern und Lenkungssteuer*, p. 383-383, spéc. Note marginale 152; Landolf-Graf, p. 11-12; Lachenal, p. 12-13; Rivier, *L'impôt sur les successions et donations*, p. 160.

¹⁹⁸ Rivier, *L'impôt sur les successions et donations*, p. 160.

¹⁹⁹ Rochat, p. 109 où l'auteur s'exprime au sujet de la donation avec charge comme suit: «... dès l'instants, ..., où l'on considère que la notion fiscale de donation est parfaitement autonome, et si l'on admet la définition que nous avons adoptée (il s'agit de la définition fondée sur les trois éléments constitutifs: attribution, gratuité, intention libérale), aucun doute n'est possible: une telle libéralité satisfait aux conditions que nous avons posées dans notre chapitre III (cf. les trois éléments constitutifs) et, par conséquent, elle est passible du droit de donation.»

3.4 Les critères de la réalisation et de l'attribution

3.4.1 Le critère de la réalisation

Selon une jurisprudence constante²⁰⁰ développée tant en matière d'impôt sur le revenu que dans le domaine des impôts sur les donations et successions, la créance fiscale naît avec la réalisation du revenu, respectivement l'enrichissement de l'attributaire.

Un revenu est réputé réalisé lorsque le contribuable peut effectivement disposer d'un bien ou d'une prestation soit parce qu'il a acquis matériellement le bien, ou qu'il a acquis un droit ferme à une prestation. *«La simple expectative n'est pas suffisante. Il faut que la prétention de potentielle, soit devenue actuelle par une concrétisation la rendant disponible.»*²⁰¹.

Comme le souligne Rysler/Rolli:

*«La réalisation est le fait générateur de l'imposition du revenu. Il est la précondition de l'imposabilité et détermine dans le temps la période à laquelle il doit être attribué pour sa mesure.»*²⁰².

Le même principe se retrouve dans le domaine des impôts sur les donations et successions:

*«Le principe de la réalisation (...) est applicable en matière d'impôt sur les successions et donations. L'enrichissement est réalisé lorsque l'attributaire peut en disposer, c'est-à-dire lorsqu'un bien ou une prestation a passé en sa possession ou lorsqu'il a acquis un droit ferme à un bien ou à une prestation. Ce n'est que lorsque l'exécution de la prestation apparaît comme peu sûre que l'on considère qu'il n'y a réalisation qu'au moment de l'exécution effective (référence à l'arrêt, ATF 113 1b 26 consid. 2). Si l'acquisition du droit ou du bien est soumise à une condition, la réalisation n'intervient qu'après que la condition est réalisée.»*²⁰³.

En matière trustale, il convient de distinguer s'il s'agit d'un fixed interest trust ou d'un discretionary trust.

²⁰⁰ Rivier, *Droit fiscal*, p. 327; ATF 105 1b 242; Archives 65, 733, pour d'autres arrêts voir encore les références à la note marginale 11 de la page 327 de Rivier, *Droit fiscal*.

²⁰¹ Rysler/Rolli, p. 138.

²⁰² Rysler/Rolli, p. 138.

²⁰³ Rivier, *Droit fiscal*, p. 527.

Nous l'avons vu précédemment (1.3.4.1), le *fixed interest trust* a pour effet d'accorder au bénéficiaire une véritable créance en exécution, renforcée d'un droit de suite. Le bénéficiaire titulaire d'un «absolute entitlement» peut exiger du trustee qu'il mette fin au trust, et attribue au bénéficiaire sa part au capital («corpus», fortune) du trust. Le bénéficiaire d'un *fixed interest trust* a un droit ferme aux prestations du trust, et lorsqu'il est institué «life tenant», sa position économique (non juridique) est comparable à celle d'un usufruitier du droit suisse.

En conséquence, les revenus générés par le capital du trust lui sont directement attribuables, qu'ils soient distribués ou non. Ils gardent leur identité originaire dans les mains du bénéficiaire: intérêt, dividende, royauté, le trust n'ayant qu'une fonction de «conduit». Le «revenu» est réputé réalisé au moment où il est généré au niveau du trust.

Dans le cadre du *discretionary trust*, le bénéficiaire n'acquiert qu'une expectative voire qu'une attente (1.3.4.2), la créance fiscale ne naît qu'au moment de l'attribution effective en main du bénéficiaire (il nous paraît plus approprié d'utiliser ce terme générique et de ne pas procéder à une qualification: revenu, capital).

En matière d'impôt sur les donations et successions, il nous paraît concevable de soutenir que l'attribution au bénéficiaire d'un *fixed interest trust*, titulaire d'une stipulation pour autrui parfaite (nous avons à faire à une donation *sub modo*, soit à un complexe de deux libéralités, voir 3.3.2.2), a lieu au moment de la constitution du trust. Lorsque le trust est constitué par acte entre vifs, au moment du transfert, selon les modalités requises, du patrimoine trustal entre les mains du trustee et lorsque le trust est constitué par acte à cause de mort, au moment du décès du constituant.

Dans le cadre du *discretionary trust*, comparé fonctionnellement à la fondation autonome, l'attribution a lieu lors du transfert du patrimoine du constituant au trust, au travers des trustees, agissant comme «Organträger». Lorsque le *discretionary trust* est constitué par acte entre vifs, l'attribution sera considérée comme effective lorsque le patrimoine aura été transféré (affecté) selon les formalités requises par la loi. Lorsque le *discretionary trust* est constitué par acte à cause de mort, le décès du constituant rend l'attribution effective. Rappelons que le trust, à l'instar de la fondation autonome, est l'attributaire.

Le fait que le constituant se soit réservé un pouvoir de révocation dans l'acte constitutif du trust n'est, à notre avis, pas relevant: l'attribution est alors conditionnelle, c'est-à-dire soumise à la condition résolutoire de l'exercice par le constituant de son pouvoir de révocation, avec pour effet qu'à partir de cet événement le constituant devient contribuable des revenus et du capital du trust, à l'instar d'un usufruitier.²⁰⁴

²⁰⁴ Nous n'avons abordé que l'aspect de la *réalisation effective*. A côté de la réalisation effective, le droit fiscal retient la *réalisation inhérente au système, ou réalisation fictive*, qui est réputée s'actualiser,

3.4.2 Le critère de l'attribution

«Die Beziehung zwischen Steuersubjekt und Steuerobjekt bestimmt die Zurechnung des Einkommens und des Vermögens zu den Steuersubjekten»²⁰⁵.

Seul l'attributaire du revenu est imposable²⁰⁶.

Dans le domaine de l'impôt sur la fortune, la fortune est imposable entre les mains de la personne pouvant disposer économiquement du bien ou du droit ou qui en a le bénéfice du rendement (voir 3.3.2.1 ci-dessus).

Le bénéficiaire d'un *fixed interest trust*, en sa qualité de bénéficiaire-créancier est l'attributaire du revenu généré par le capital («corpus», fortune) du trust, il a le bénéfice du rendement du capital trustal. En sa qualité de «life tenant», sa situation patrimoniale est comparable à celle de l'usufruitier. La réalité économique impose donc, de manière non arbitraire, de comparer le bénéficiaire d'un *fixed interest trust* à un usufruitier (sur le plan économique) et dès lors de lui attribuer fiscalement, au titre de fortune imposable, le capital ou la part de capital («corpus», fortune) du trust dont il a le bénéfice du rendement.

notamment, lors du transfert d'éléments du patrimoine professionnel («Geschäftsvermögen») dans le patrimoine privé («Privatvermögen») du contribuable. Une réalisation fictive (la différence entre la valeur vénale des biens transférés et leur valeur comptable est réputée réalisée) peut, théoriquement, se concevoir lors de l'apport d'éléments du patrimoine professionnel dans un trust express privé, par exemple actions d'une société anonyme, parts d'une société à responsabilité limitée, voire parts dans une société de personnes. Le terme «théoriquement» a toute son importance: en effet, par un tel apport, le trust express privé se transformerait, sur un plan comparatif, en fondation-entreprise. Or, l'aptitude du trust express privé à assumer les fonctions d'une fondation-entreprise est sérieusement mise en doute, par la doctrine (cf. H. Grüninger, *Die Unternehmensstiftung in der Schweiz und ihre vergleichbare Erscheinungsformen im anglo-amerikanischen Rechtsraum*, cité dans la bibliographie), notamment en raison de l'obligation de conserver le capital en faveur des bénéficiaires, et de l'obligation de verser à ces mêmes bénéficiaires les revenus du capital trustal. La pratique anglo-américaine a opté pour des formes de trust spécifiques (Massachusetts trust) dont la fonction, à l'instar de la fondation-entreprise, est de diriger ou d'influencer de manière prépondérante, la destinée opérationnelle d'une entreprise.

Rien n'empêche cependant le constituant de transférer des éléments de son patrimoine privé dans un trust, éléments au rang desquels pourraient se trouver les actions d'une société holding, par exemple. La question de l'opportunité de la structure trustale pour fonctionner comme fondation-entreprise demeure posée. Nous n'excluons pas a priori la forme du trust qui, le cas échéant pourrait prendre le relais de la fondation-entreprise, mise à mal dans le cadre de la révision du droit des fondations (voir notamment les articles de Druet, Grüninger, Ricmer cités dans la bibliographie).

²⁰⁵ Höhn/Waldburger, p. 293.

²⁰⁶ Rivier, *Droit fiscal*, p. 138.

En revanche, on ne saurait attribuer fiscalement le capital du trust au bénéficiaire d'un discretionary trust qui n'a que la qualité d'un bénéficiaire-expectatif (3.3.2.1).

3.5 L'acte fiduciaire

La dichotomie entre l'apparence juridique et la réalité économique que crée le rapport fiduciaire peut, sur le plan fiscal, s'avérer problématique. Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que l'autorité fiscale pouvait attribuer les rapports de droit et les actes juridiques à celui au nom duquel ils sont établis, la preuve contraire étant réservée²⁰⁷.

La prééminence accordée à la réalité économique dans l'application des normes fiscales qui définissent l'objet de l'impôt en se référant à un concept économique invite l'autorité fiscale à faire abstraction de l'apparence juridique en faveur de la réalité économique dans le cadre des rapports fiduciaires, lorsque ceux-ci ont été formellement institués (convention de fiducie) et ne servent pas à éluder l'impôt.

La pratique fiscale a admis que, dans la mesure où le contribuable peut apporter la preuve de l'existence d'un rapport fiduciaire, seul le fiduciaire est imposable, le fiduciaire n'étant pas imposé sur les droits ou les biens dont il est titulaire à titre fiduciaire²⁰⁸. La preuve du rapport fiduciaire doit être irréfutable²⁰⁹.

L'Administration fédérale des contributions a édicté deux notices relatives aux rapports fiduciaires, en mai 1965 et octobre 1967, applicables en matière d'impôt anticipé et d'impôt fédéral direct. Elles établissent les exigences minimales pour que les autorités fiscale reconnaissent à un rapport juridique un caractère fiduciaire.

Les critères formels établis par les deux notices peuvent être brièvement énumérés comme suit:

- convention de fiducie écrite, désignant les parties;
- désignation exacte des droits ou biens sous fiducie;
- attribution exclusive des risques, charges et profits au fiduciaire;
- rémunération du fiduciaire;
- comptabilisation distincte des biens et des droits détenus à titre fiduciaire.

²⁰⁷ RDAF, 1957, p. 301; Ryser/Rolli, p. 39, note 51; Masshardi, 2^e édition, 1985, p. 23; Maillard, p. 58.

²⁰⁸ Maillard, p. 59, et la jurisprudence citée; Brunner, p. 43 ss.

²⁰⁹ Rivier, *Droit fiscal*, p. 322.

Au-delà, la jurisprudence a retenu, sur le plan matériel, que l'acte fiduciaire ne doit pas servir à éluder l'impôt²¹⁰.

La référence à la fiducie ou aux rapports fiduciaires en matière trustale nous paraît ambiguë:

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, sous 2.1.1, la fiducie ne peut servir, en son état actuel, d'instrument de planification patrimoniale à l'instar du trust express privé. A cet égard, la fiducie trouve ses limites dans le principe de l'attribution complète des biens fiduciaires au fiduciaire, et dans le principe de la relativité des contrats. La convention de fiducie n'est pas opposable aux tiers: vis-à-vis de ces derniers le fiduciaire a la pleine propriété, alors même que c'est au fiduciaire que revient le bénéfice ou la perte de la gestion exercée par le fiduciaire. La *Notice sur les Rapports fiduciaires* édictée par l'Administration fédérale des contributions trouve son fondement dans la dichotomie instaurée par la relation fiduciaire résultant de l'apparence juridique (pleine propriété du fiduciaire vis-à-vis des tiers) et de la réalité économique (bénéfice/perte économique auprès du fiduciaire), et que l'Administration fédérale des contributions reconnaît expressément. Cette reconnaissance est une émanation de la réalité économique sur laquelle se fonde le droit fiscal chaque fois qu'il opère avec des notions économiques (revenu/fortune). En matière de trust, et plus spécifiquement dans le domaine des trust express privés, l'analyse de la réalité économique qu'ils génèrent suffit à remarquer que le trustee ne détient pas le patrimoine trustal pour son propre intérêt, ni n'en a l'usage. Dès lors, la seule réalité économique impose que ni les biens constitués en trust, ni les revenus qui en découlent ne sauraient, de lege lata, être fiscalement imputés au trustee. Ceci n'exclut pas, dans le cadre d'une fiducie renouvelée, ayant pour effet ultime de faire du trust un sujet fiscal, que le trustee assume de lege ferenda les obligations fiscales du trust par voie de substitution.

Rappelons enfin qu'une appréciation purement économique n'a pas sa place dans le domaine des impôts sur les donations et successions, voir 3.3.2 plus haut. Dès lors, il est exclu de se fonder dans ce cadre-là sur la réalité économique du rapport fiduciaire pour dénier au trustee la qualité d'attributaire du patrimoine constitué en trust, voir ci-après 4.1.2.

²¹⁰ Dagon, p. 103.

3.6 La réalité économique, une méthode destinée à combattre les abus

Outre qu'il est une méthode d'interprétation de la norme fiscale, le recours à la réalité économique est aussi une méthode destinée à combattre les abus:

A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a considéré qu'il convient de dénier toute personnalité juridique à une fondation de famille lorsque celle-ci sert exclusivement (ou de manière prépondérante) comme véhicule d'évasion fiscale. C'est le cas chaque fois que le fondateur et, à son décès, le conseil de fondation ou les destinataires, se réservent, dans l'acte de fondation, le droit de dissoudre la fondation, d'en modifier les statuts dans le cadre du but assigné à la fondation, et de disposer du capital et des revenus de la fondation comme s'il s'agissait du capital et des revenus de leur fortune personnelle²¹¹.

Le Tribunal fédéral a appliqué cette jurisprudence non seulement aux fondations de famille suisses (dont la validité du point de vue du droit civil est mise en cause dès que le but ne s'inscrit pas dans le cadre restreint de l'article 335 CC), mais également au cas d'un trust liechtensteinois où le propriétaire originaire ou constituant était resté le propriétaire effectif de la fortune transférée au trust, et où le trust avait été créé uniquement en vue d'éluder l'impôt. Selon le Tribunal fédéral, la présomption de l'évasion fiscale doit être retenue comme avérée chaque fois que le constituant et contribuable n'apporte pas la preuve qu'il n'est pas le propriétaire ou créancier de la fortune de la fondation^{212, 213}.

²¹¹ RDAF, 1960, p. 254 ss et les nombreux arrêts cités, notamment: ATF 52 I 273 ss; ATF 53 I 440 ss; ATF 55 I 373 ss; ATF 76 I 9 ss; RDAF, 1951, p. 292 ss où l'on peut lire: «Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'autorité fiscale peut ignorer la constitution valable en droit civil d'une personne morale, en particulier d'une fondation, et par conséquent continuer à imposer auprès du fondateur la fortune qui a été transmise à la fondation et le revenu qu'elle obtient, s'il est établi que le fondateur est demeuré, du point de vue économique, le possesseur réel de la fortune transmise à la fondation et qu'il a donné à cette fortune une personnalité juridique propre uniquement en vue d'éluder l'impôt. La condition pour que l'on puisse considérer ainsi de préférence le point de vue économique est que la forme du droit civil choisie soit «insolite» et semble complètement inadaptée à la situation économique (autres citations d'arrêts du Tribunal fédéral)». Voir aussi Archives 11, p. 82 ss et ATF 71 I 265.

²¹² RDAF, 1956, p. 242 ss et RDAF, 1976, p. 91.

²¹³ Reymond, *L'influence du droit fiscal sur le droit commercial*, p. 442 ss, voir aussi un arrêt de la commission de recours en matière fiscale du canton de Zurich, du 10.01.2000 résumé dans la Revue fiscale n° 4, 2000, p. 256.

Le Tribunal fédéral a également considéré qu'il y avait évasion fiscale lorsque le donateur demeure «économiquement le propriétaire de l'objet de la donation»: *«Nimmt man dagegen einen privatrechtlich wirksamen Eigentumsübergang an, so handelt es sich darum, ob nicht nach Artikel 14 WOB zum Vermögen auch solche Gegenstände gehören können, die zwar zivilrechtlich nicht im Eigentum des Pflichtigen sind, über die er aber wirtschaftlich wie ein Eigentümer verfügt»* ... *«Der Begriff des «wirtschaftlichen Eigentums», der steuerrechtlich von Bedeutung ist, muss freilich eng gefasst werden. Es dürfen nur solche Tatbestände darunter fallen, in denen der Pflichtige eine dem Eigentümer gleich oder annähernd gleiche Dispositionsbefugnis hat...»*²¹⁴. En l'espèce, le donateur avait remis des titres à son fils tout en se réservant la gestion du portefeuille et le bénéfice des intérêts sur les titres cédés.

Aux termes de cette jurisprudence, le recours à la réalité économique n'est plus un cas d'application de la norme fiscale, ni une méthode d'interprétation, mais une méthode destinée à combattre les abus²¹⁵.

Comme méthode destinée à combattre les abus, elle présente, selon notre perception juridique, un aspect double:

- Un aspect «abus de droit» que l'on retrouve dans la théorie de la fraude à la loi. Pour Perrin, ce qui paraît constitutif de la fraude à la loi: *«...c'est l'intention d'échapper à la loi normalement applicable.»*²¹⁶. L'élément d'astuce consiste en un détournement délibéré de la finalité des institutions légales, en général par un travestissement des circonstances de faits. Par exemple, par le choix d'une structure trustale offshore dans un contexte exclusivement national.

La fraude à la loi est une notion de droit civil (droit interne et droit international privé) qui a pour effet d'instaurer des limites à un usage abusif, et dès lors illicite, du principe de l'autonomie de la volonté²¹⁷.

On retrouve la même idéologie derrière la notion d'évasion fiscale, il s'agit également de limiter le contribuable dans l'usage de ses droits²¹⁸.

Si le Tribunal fédéral a souligné, à réitérées reprises, que *«... chacun peut en principe organiser son activité économique de manière à payer le moins possible d'impôts, en particulier, adopter parmi plusieurs structures juridiques envisageables, celle qui entraîne la charge fiscale la plus faible, cette liberté de chaque contribuable d'organiser ses relations*

²¹⁴ Archives 11, p. 406; Mäusli, p. 118 ss.

²¹⁵ Ryser/Rolli, p. 77.

²¹⁶ Perrin, *Fraude à la loi*, p. 259 ss, sp. p. 260; Knoepfler/Schweizer, p. 153, note 335; Bucher, DIP I/2, note 194.

²¹⁷ Meili, p. 1 ss; Perrin, *Fraude à la loi*, p. 259.

²¹⁸ Voir aussi Locher, *Grenzen der Rechtsfindung*, p. 196-207.

patrimoniales de manière à payer le moins possible d'impôts trouve ses limites dans le principe de l'égalité de traitement et ses corollaires: le principe de la capacité contributive, le principe de la généralité de l'impôt et le principe de l'interdiction de l'usage abusif de ses droits»^{219, 220}.

S'inspirant de la définition donnée par Blumenstein, le Tribunal fédéral conclut à l'existence d'une évasion fiscale lorsque trois éléments constitutifs sont réalisés:

Un élément constitutif objectif:

- La forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale (*ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich*), en tout cas inadaptée aux circonstances économiques.

Un élément constitutif subjectif:

- Le choix de cette forme est abusif et a pour but de faire l'économie d'impôts qui auraient été perçus si l'on avait normalement réglé l'affaire.

Un élément constitutif effectif:

- La voie choisie entraînerait effectivement une notable économie d'impôts si le fisc l'admettait²²¹.

Dans une jurisprudence plus récente²²² le Tribunal fédéral a largement réduit le contenu substantiel du critère objectif en déclarant qu'il suffisait, à cet égard, que «... le procédé choisi ne corresponde pas aux faits économiques».

- Un aspect purement fiscal en ce qu'il s'agit de sanctionner une réalité économique, à savoir le maintien par le constituant de la maîtrise économique sur les biens affectés à une fondation de famille voire à un trust.

Ce double aspect: fraude à la loi au sens du droit civil, d'une part, et appréhension fiscale d'une maîtrise économique, d'autre part, doit être présent à l'esprit lorsqu'il s'agit d'analyser la structure trustale comme véhicule d'évasion fiscale.

Sous réserve que l'élément constitutif effectif soit réalisé, il y aura lieu de retenir l'évasion fiscale chaque fois que la fraude à la loi au sens du droit civil est avérée, c'est-à-dire chaque fois que le constituant, ancré dans un cadre exclusivement national (patrimoine et domicile en Suisse), choisit une structure trustale de droit étranger

²¹⁹ RDAF, 1977 p. 309.

²²⁰ Meili, p. 3.

²²¹ RDAF, 1977, p. 311.

²²² Archives 64, p. 80 ss.

(ayant pour effet d'internationaliser un cadre national) dans le but d'échapper à des dispositions impératives de droit national ou de faire l'économie d'impôts qui auraient été dus sans la mise en place de la structure trustale²²³.

Mais suffit-il de faire abstraction de la structure trustale et imputer fiscalement, au constituant, capital et revenu trustaux, au motif qu'il s'est réservé, dans l'acte constitutif, le pouvoir de révoquer le trust?

La tentation est grande d'assimiler ce cas de figure au cas où le fondateur s'est réservé dans l'acte de fondation le droit de dissoudre la fondation, d'en modifier les statuts dans le cadre du but assigné à la fondation. Une telle approche purement économique peut se concevoir là où la norme fiscale recourt à un concept économique pour définir l'objet de l'impôt, comme en matière d'impôts directs sur le revenu et la fortune, mais elle est difficilement concevable, dans un domaine tel que les impôts sur les donations et successions où la transaction imposable est définie à partir de concepts juridiques (de droit fiscal ou de droit privé). En outre, la réalité juridique du trust impose une approche plus nuancée:

L'exercice du pouvoir de révocation par le constituant n'a pas pour effet de rendre le trust inexistant. Celui-ci continue d'exister, sous la forme d'un resulting trust en faveur du constituant. Le capital et le revenu trustaux ne font pas retour au constituant après l'exercice par ce dernier de son pouvoir de révocation.

La constitution d'un trust express privé avec la réserve d'un pouvoir de révocation en faveur du constituant doit être assimilée sur un plan comparatif, fonctionnel, à la constitution d'une fondation (non autonome/autonome) assortie d'une stipulation pour autrui parfaite dans le cas du fixed interest trust, et d'une stipulation pour autrui imparfaite dans le cas du discretionary trust. L'attribution aux bénéficiaires désignés, dans le cas du fixed interest trust ou au trust, dans le cas du discretionary trust, est assortie d'une condition résolutoire: l'exercice par le constituant de son pouvoir de révocation. L'attribution est exécutée et effective au moment de la constitution du trust, (4.1.1). Dès l'instant où le pouvoir de révocation a été exercé, capital et revenu trustaux sont fiscalement imputables au constituant qui en devient le bénéficiaire économique à l'instar d'un usufruitier.

²²³ Perrin, *Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique*, p. 149-150, Perrin compte aussi le droit fiscal au nombre des dispositions impératives du droit suisse, au sens de l'article 18 LDIP. Nous excluons ici la notion de fraude au sens fiscal du terme et renonçons à tout développement concernant l'usage du trust comme instrument de fraude fiscale (non d'évasion fiscale).

IV. APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA LITTÉRATURE ET DE LA PRATIQUE CONCERNANT LA FISCALITÉ NATIONALE DES RELATIONS TRUSTALES

Trois auteurs majeurs: Ryser, Landolf et Graf, et certaines autorités fiscales cantonales, ont établi jusqu'à ce jour les contours d'une pratiques fiscale encore incertaine en matière de trust. Nous nous permettons d'y confronter notre appréciation personnelle fondée sur les observations théoriques, précédemment émises.

4.1 La constitution du trust

Le trust express privé est créé par un constituant (une personne physique dotée de la capacité civile), par acte entre vifs ou par acte à cause de mort.

L'acte constitutif du trust contient la volonté express du constituant d'établir un trust, de manière révocable ou irrévocable, sur des éléments certains du patrimoine privé du constituant, en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires, au rang desquels le constituant peut se compter.

Le constituant arrête les règles de gestion et d'administration des biens placés en trust (capital, «corpus», fortune) et fixe les modalités de distribution des revenus et d'attribution du capital, instituant ainsi le bénéficiaire: bénéficiaire-créancier dans le fixed interest trust et bénéficiaire-expectatif dans le discretionary trust.

Nous relevons les éléments caractéristiques, ou essentialia, suivants:

- l'affectation en trust d'éléments de propriété certains du patrimoine privé du constituant
- de manière révocable ou irrévocable
- en faveur de bénéficiaires, bénéficiaires-créanciers, dans le fixed interest trust, ou bénéficiaires-expectatifs dans le discretionary trust

Ces trois essentialia qui ont pour effet de constituer autant d'espèces différentes de trust express privés (voir 1.3) devront être pris en considération dans l'appréciation fiscale de la constitution d'un trust par une personne résidente de Suisse et assujettie de manière illimitée à la souveraineté fiscale suisse (voir 3.1).

4.1.1 Le patrimoine est affecté au trust de manière révocable

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Pour les auteurs, représentés essentiellement par Ryser et Landolf/Graf²²⁴, le patrimoine trustal est réputé n'avoir pas quitté la sphère économique du constituant. Capital et revenus du trust sont imposables en la personne du constituant:

«... si le constituant garde (en revanche) le contrôle économique des biens mis en trust, en se réservant un droit de révocation ou un droit de disposition dérogeant aux compétences du trustee, le transfert des biens au trustee ne représente pas un désinvestissement définitif et il est dès lors tout à fait concevable que l'autorité fiscale du domicile considère que le fait générateur d'un impôt de donation n'est pas réalisé et que l'autorité administrant l'impôt sur les revenus et la fortune soit tentée d'attribuer au constituant tous les revenus non distribués (ensuite de l'exercice de la discrétion du trustee à des bénéficiaires autres que le constituant) et donc de les imposer dans son chef, et de plus, de le frapper de l'impôt sur la fortune pour une part proportionnelle de la fortune du trust.»²²⁵.

Dans le même sens, Landolf/Graf:

«In diesem Fall liegt mit der Errichtung des Trust keine endgültige Entreichung des Settlor vor. Der Settlor hat jederzeit die Möglichkeit, sich wieder in den unbeschränkten Genuss des Trustvermögens zu bringen. Es erscheint in diesem Fall gerechtfertigt den Schenkungstatbestand als nicht erfüllt zu betrachten und das gesamte Trustvermögen sowie die Einkünfte daraus grundsätzlich weiterhin dem Settlor zuzurechnen. Der Settlor hat auch sämtliche Einkommens- und Vermögenssteuerfolgen zu tragen.»²²⁶.

Dans la suite logique de leur thèse, les auteurs Landolf et Graf sont d'avis que les distributions faites de manière aléatoire à partir du patrimoine trustal²²⁷ à des bénéficiaires autres que le constituant doivent être qualifiées de donations du cons-

²²⁴ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 751; Landolf/Graf, p. 15; Ryser, *Switzerland*, p. 23; Altenburger, p. 21; Pease, p. 9.

²²⁵ Ryser, *Rapport de trust et impôts directs*, p. 751.

²²⁶ Landolf/Graf, p. 15.

²²⁷ Il est parfois fait usage du terme «corpus» pour désigner le capital par opposition aux revenus du capital. Quant à nous, nous préférons le terme capital, voire le terme fortune, pour désigner le capital trustal, la fortune trustale.

tituant à ces bénéficiaires. Les distributions régulières de revenus trustaux à un bénéficiaire autre que le constituant sont assimilées à la constitution d'un usufruit à titre gratuit de la part du constituant en faveur du bénéficiaire, attributaire des distributions.

Ryser émet un avis plus nuancé que les auteurs précédents:

«It is uncertain whether a distribution of current income by the trustees according to their trust powers to a beneficiary could be deemed a taxable gift from the settlor merely because the income or wealth is imputed to the settlor for tax purposes. In other words, it is an open question whether the cantonal authorities could tax the settlor on income distributed by the trustees to a beneficiary and then assume that the settlor had gifted that income to the beneficiary. This situation could just as well be analysed (and preferably should be analysed) as one in which the power to distribute or appoint income rests with the trustees, despite the settlor's power to revoke the trust or make directions as to the appointment of income. (The analysis would be different if the trust deed made the validity of any appointment by the trustees dependant on the prior agreement of the settlor.) Given this analysis, the taxation of the recipients of such distributions need not be influenced by the fact that the settlor could have eliminated a distribution by exercising his power of revocation or, as the case may be, have ordered a disposition if he had the necessary power of appointment. On the other hand for appointments of current income and for distributions of capital by the trustees made on the direction of the settlor, a characterization of a gift from the settlor to the recipient would not lack a certain logic.»²²⁸.

La pratique des autorités cantonale est incertaine.

Sur les vingt-six cantons interrogés, les cantons d'Argovie, Berne, Bâle-Ville, Fribourg, Grisons, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, Soleure, Tessin, Vaud, Valais et Zoug imposent, en la personne du constituant, la fortune et les revenus de la fortune constituée en trust, sans autre précision sur la qualification des distributions trustales faites à des bénéficiaires autres que le constituant. Les autorités cantonales des autres cantons n'ont pas de pratiques en la matière ou ont renoncé à se prononcer.

²²⁸ Ryser, *Switzerland*, p. 23-24.

Appréciation critique

La constitution d'un trust express privé est un acte juridique unilatéral et consiste dans l'affectation, par le constituant, de biens entre les mains du/des trustee(s) en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires au rang desquels le constituant peut se compter. Les biens affectés relèvent, pour ainsi dire sans exception, du patrimoine privé (par opposition au patrimoine professionnel) du constituant.

L'approche exclusivement économique de Landolf/Graf et des autorités fiscales cantonales qui consiste à imputer fiscalement au constituant d'un trust révocable la fortune trustale et les revenus de celle-ci, s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence du Tribunal fédéral élaborée en matière d'évasion fiscale et de fondation de famille²²⁹ dont nous avons rappeler les fondements sous chiffre 3.6 ci-dessus.

A notre avis, une approche plus nuancée s'impose en matière de trusts, et nous rejoignons dans ses conclusions l'avis plus retenu de Ryser:

Le fait que le constituant se soit réservé, dans l'acte constitutif du trust, le pouvoir de révoquer le trust, n'a pas pour effet d'annihiler l'affectation des biens en trust. En se réservant un pouvoir de révocation, le constituant rend les prétentions des bénéficiaires «... *defeasible, that is to say that the right can be brought to an end*»²³⁰. Sur un plan comparatif, les prétentions des bénéficiaires sont assorties d'une condition résolutoire: elles prennent fin au moment où et du fait que le constituant exerce son pouvoir de révocation, mais le trust continue à exister en tant que «*resulting trust*» en faveur du settlor²³¹. En d'autres termes, le seul fait que le constituant se réserve le droit de révoquer le trust n'a pas pour effet de rendre celui-ci juridiquement inexistant sauf dans l'hypothèse d'une simulation («*sham trust*») qui se caractérise par l'absence de volonté (intention, «*certainty of intention*») de la part du constituant d'établir un trust. Le pouvoir de révocation que le settlor se réserve dans l'acte constitutif peut être un indice de simulation.

L'exercice du pouvoir de révocation par le constituant n'a donc pas pour effet de rendre le trust inexistant. Le trust continue d'exister en faveur du constituant sous la forme d'un *resulting trust*. Le capital et le revenu trustaux ne reviennent pas au constituant.

²²⁹ Ce qui est surprenant de la part de Landolf. Cet auteur a précisément critiqué une approche purement économique, consacrée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ATF 71 I 265. Dans sa thèse, *Die Unternehmensstiftung im schweizerischen Steuerrecht*, l'auteur note p. 260: «*Es erscheint ferner, dass die steuerrechtliche Nichtbeachtung einer Familienstiftung und die Zurechnung des Stiftungsvermögens zum Stifter oder den Destinatären allein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht möglich ist.*». La position dissidente de l'auteur dans le domaine des trusts peut s'expliquer par le fait que l'auteur part de la prémisse que les trusts n'acquiescent pas la personnalité juridique.

²³⁰ *Tolley's UK taxation of trusts*, note 2.12.

²³¹ Voir plus haut 1.3.1 et 1.5.1.

Comme nous l'avons relevé ci-dessus sous 2.4, la constitution d'un trust express privé doit être assimilée, sur un plan comparatif, fonctionnel, à la constitution d'une fondation (non autonome ou autonome) assortie d'une stipulation pour autrui, parfaite dans le cadre du fixed interest trust, et d'une stipulation pour autrui imparfaite dans le cadre du discretionary trust.

L'attribution aux bénéficiaires désignés, par l'effet de la stipulation pour autrui parfaite, et au trust, dans le cas du discretionary trust, est assortie d'une condition résolutoire: l'exercice par le constituant de son pouvoir de révocation.

L'attribution est exécutée et elle donne ouverture à l'impôt sur les donations:

«... la libéralité est parfaite pour le fisc dès l'instant où elle est exécutée. Appliqué en matière de donations sous condition résolutoire, ce principe permet aux autorités fiscales de percevoir le droit de donation dès l'accomplissement de la libéralité, sans égard à la condition résolutoire.»²³².

Dès l'instant où le pouvoir de révocation a été exercé, capital et revenu trustaux sont fiscalement imputables au constituant qui en devient le bénéficiaire économique à l'instar d'un usufruitier.

En résumé, l'impôt sur les donations est dû lors de la constitution d'un trust de manière révocable par apport d'éléments du patrimoine privé du constituant (par opposition aux éléments du patrimoine professionnel 4.1.3). Les principes, notamment ceux qui concernent le taux d'imposition applicable, sont les principes développés dans le cadre de l'affectation, de manière irrévocable, d'éléments patrimoniaux à un trust express privé, voir ci-après 4.1.2.

4.1.2 Le patrimoine est affecté au trust de manière irrévocable

4.1.2.1 Fixed interest trust

Dans le cadre d'un fixed interest trust, désigné aussi sous le terme de *«interest-in-possession settlement»*, le constituant procède à des attributions déterminées en faveur de bénéficiaires nommément désignés²³³.

²³² Rochat, p. 117-118.

²³³ Voir clause 4.3, *Specimen fixed interest settlement*, annexe 2 ou autre exemple: *«A, the father, creates a trust which is to the benefit of his two sons B and C, and his daughter, D, with provision for the grandchildren to benefit. Thus, he would transfer property to the trustee and declare the trusts, which*

Le settlor peut également réserver à l'un des bénéficiaires, en général le conjoint survivant, ou se réserver l'attribution courante des revenus du capital trustal durant leur vie (life interest trust – life tenant)²³⁴.

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Les auteurs sont unanimes pour qualifier l'acte de disposition du settlor de donation au sens fiscal du terme, c'est-à-dire d'attribution à titre gratuit résultant d'une intention libérale du settlor:

*«Auf Seiten des Settlor liegt eine unentgeltliche Vermögenszuwendung vor, und somit ist der Schenkungstatbestand grundsätzlich erfüllt.»*²³⁵

ou encore Ryser:

*«Dans sa manifestation la plus usuelle, l'affectation d'actifs (...) au trustee s'analyse comme un désinvestissement définitif du constituant, effectué à titre gratuit. Dans la mesure où le constituant ne conserve pas de droit de révocation ou de droit de disposition dérogeant aux compétences du trustee, le transfert doit donc être considéré comme une donation.»*²³⁶.

Tant Ryser que Landolf/Graf postulent la prise en compte du taux d'imposition déterminé par la relation de parenté entre le constituant et le(s) bénéficiaire(s). Les trois auteurs fondent leur thèse sur le fait que le trustee n'acquiert la propriété des biens trustaux qu'à titre fiduciaire (au sens fiscal du terme); le trustee n'a ni le bénéfice économique, ni le pouvoir de disposer de manière indépendante et dans son propre intérêt des biens du trust; le trustee n'est pas enrichi, seuls sont enrichis les bénéficiaires:

would be that the income to be produced from the property must be paid to the children B and, C and D, for their lives (they are known as life tenants). On their death, the capital of the property and any income from the time of the death of the life tenants was to be distributed equally between the grandchildren in equal shares, usually with provision that, if any grandchildren failed to survive but, having married, had children of his or her own, those children should stand in the parent's place and take their respective share.». Wisdell, *Tax planning International Review*, 1999, vol 26 n° 5, p. 13

²³⁴ Voir clause 3, *Specimen fixed interest settlement*, annexe 2.

²³⁵ Landolf/Graf, p. 12.

²³⁶ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 750; Ryser, *Switzerland*, p. 22.

«Mit der Errichtung eines Trusts werden einzig die Beneficiaries bereichert, indem ihnen konkrete Rechte auf das Trustvermögen zukommen. Damit muss die Errichtung eines Trusts als Zuwendung vom Settlor an den Beneficiary betrachtet und der entsprechende Tarif angewendet werden. Diese Ansicht wird durch einen Seitenblick auf das angelsächsische Recht, welches dem Beneficiary nicht bloss ein obligatorisches Recht, sondern mit dem «equitable right» ein eigentliches Eigentumsrecht verschafft, bestärkt.»²³⁷.

Ryser et Landolf/Graf sont d'avis que même l'analogie comparative de la constitution d'un fixed interest trust avec une fondation de famille de droit suisse conduirait à la même conclusion²³⁸.

Les auteurs du commentaire sur la loi sur les impôts de donations et successions du canton de Zurich, Richner/Frei partagent l'avis des auteurs précédents en ce qui concerne le taux applicable, leur raisonnement est toutefois particulier en ce qu'ils estiment que les règles applicables à la constitution d'une fondation de famille, qui stipulent l'application du taux d'imposition maximal (dans le canton de Zurich) ne sont pas applicables à la structure trustale. Celle-ci, contrairement à la fondation de famille, n'est pas dotée de la personnalité juridique, dès lors, l'attribution intervient directement du settlor au bénéficiaire et c'est donc le taux d'impôt déterminé par le lien de parenté entre settlor et bénéficiaire qui est applicable. Le point de vue de Richner/Frei est à l'opposé de la pratique des autorités fiscales du canton de Zurich²³⁹.

Les cantons manifestent les pratiques les plus diverses, allant de l'imposition uniforme au taux le plus élevé, à l'exonération pure et simple là où les bénéficiaires se recrutent exclusivement au sein des descendants de sang et adoptifs du constituant, en passant par l'imposition au taux applicable au degré de parenté entre le constituant et le bénéficiaire, ou encore se réclamant des règles applicables lors de la constitution d'un usufruit, respectivement d'une rente à titre gratuit, voire d'une substitution fidéicommissaire:

- Les cantons suivants n'ont pas de pratique ou n'ont pas voulu se prononcer: AI; AR; GL; OW; SH; SG;SZ; TG; UR; ZH.
- Le canton de Genève a édicté en mai 1977 une instruction n° 103 (annexe 5), encore en vigueur, qui fixe les principes d'imposition lors de la constitution d'un fixed interest trust irrévocable: le canton de Genève taxe le premier bénéficiaire d'un fixed interest trust comme le bénéficiaire d'un usufruit, et taxe la valeur de la nue-propiété auprès de l'ultime bénéficiaire.

²³⁷ Landolf/Graf, p. 13.

²³⁸ Ryser, *Switzerland*, p. 22; Landolf/Graf, p. 13.

²³⁹ Richner/Frei, §23 n° 3 et §4 n° 159.

Au décès du premier bénéficiaire, le bénéficiaire qui lui succède (comme bénéficiaire du trust) paie l'impôt sur les donations, resp. l'impôt sur les successions, basé sur la valeur capitalisée des revenus, comme s'il s'agissait d'une rente (art. 12 al. 9, 10 et 12 GE-LDS).

Lorsque le capital revient à l'ultime bénéficiaire aucun impôt n'est dû, la nue-propiété ayant déjà été imposée.

- BL, BE procèdent à une imposition uniforme, au taux le plus élevé.
- SO, impose au taux le plus élevé sauf si les bénéficiaires du trust entrent dans la catégorie des bénéficiaires non assujettis (époux survivant, descendants directs).
- AG, BS, JU, LU, NW, SO, TI, VS, ZG imposent, en principe, au taux déterminé par le degré de parenté entre le constituant et le(s) bénéficiaire(s).
- GR, NE imposent la masse successorale, l'impôt sur la masse successorale étant complété par un impôt de succession au niveau communal (GR), au taux déterminé par le degré de parenté entre constituant et bénéficiaire, ou au niveau cantonal (NE) au taux déterminé par le degré de parenté entre constituant et bénéficiaire. Si les parts des bénéficiaires sont déterminées, l'impôt de donation est dû par le constituant (brut pour net).
- VD qualifie la mise en place d'un fixed interest trust irrévocable de substitution fidéicommissaire, et impose au taux du bénéficiaire le plus éloigné en parenté du constituant.

Appréciation critique

Il est surprenant que tant Ryser que Landolf/Graf fondent leur appréciation sur une analyse exclusivement économique alors que le domaine des impôts sur les donations et successions définit la transaction imposable à partir d'une notion de droit fiscal (donation), voire de droit civil (les diverses institutions de droit civil, dont notamment la fondation), et impose dès lors une qualification de l'institution juridique étrangère. La qualification une fois faite, par une approche comparative, fonctionnelle, il y a lieu d'appliquer les normes fiscales de l'institution de droit suisse correspondante.

Une qualification du trust express privé de droit anglais, en sa forme de fixed interest trust, à partir des faits bruts et des conséquences juridiques qu'ils produisent dans le système juridique anglais, nous conduit à comparer le fixed interest trust à une fondation non autonome doublée d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires.

L'affectation des biens du trust en un patrimoine séparé, en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires, résulte d'une donation *sub modo*. Procédant d'une intention libérale du constituant en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaire(s), elle est un complexe de deux libéralités dont l'une revêt la forme d'une stipulation pour autrui parfaite, directement imposable au titre de donation auprès du bénéficiaire²⁴⁰.

L'analyse à partir de l'appréciation exclusivement économique (et non juridique) du caractère fiduciaire du rôle joué par le trustee ne nous paraît pas suffisamment élaborée, même si elle conduit au même résultat qu'une approche comparative avec la fondation non autonome assortie d'une stipulation pour autrui parfaite, soit une donation du settlor au bénéficiaire, au taux d'imposition résultant de la relation de parenté des parties en cause.

La qualité de patrimoine séparé, reconnue aux biens constitués en trust est une des caractéristiques essentielles du trust (art. 2 de la Convention de la Haye) et la **fiducie** ne saurait servir, de lege lata, ne serait-ce que dans une approche comparative et fonctionnelle, d'instrument de planification patrimoniale ou successorale à l'instar du trust²⁴¹.

La comparaison du fixed interest trust, notamment du life interest, trust avec la **substitution fidéicommissaire** du code civil suisse à laquelle procède la pratique fiscale vaudoise, ne nous convainc pas. Le fixed interest trust assorti d'un life interest en faveur de l'un des bénéficiaires n'a pas pour effet de mettre en place une série d'attributions conditionnelles (condition suspensive) et successives. Tous les bénéficiaires d'un fixed interest trust ont un droit acquis et concomitant dont l'exercice (plus précisément l'usage et la possession, «use and possession») est différé dans le temps. Les bénéficiaires autres que le bénéficiaire du life interest sont titulaires d'un «vested interest» que l'on qualifie de «future interest»: «... a person who has an interest in an item of property but is not in possession of it, is said to have a future interest. Future interests are present interests as they exist ab initio, they are future as regard the enjoyment and possession of the item of property in which they lie.»²⁴².

La comparaison de la constitution d'un fixed interest trust avec la **constitution d'une rente viagère à titre gratuit** telle qu'instaurée par l'Instruction 103 du canton de Genève ne nous convainc pas davantage. Si les deux institutions ont en commun l'allocation, à intervalles réguliers, d'une prestation fixe (life interest trust), le

²⁴⁰ Voir ci-dessus 3.3.2.

²⁴¹ La fiducie actuelle trouve ses limites dans le principe de l'attribution complète au fiduciaire des biens fiduciaires, et dans le principe de la relativité des contrats, voir plus haut 2.1.1.

²⁴² Thorens, *The Common law trust and the civil law lawyer*.

caractère viager de la rente qui en est l'élément essentiel la rend étrangère au fixed interest trust, où précisément le décès du «life tenant» donne ouverture à l'usage et à la possession des autres bénéficiaires du trust.

La comparaison fonctionnelle avec l'**usufruit** du droit civil s'impose dans les cas où le constituant s'est réservé pour lui ou pour un tiers, sa vie durant, l'attribution des revenus du capital («corpus», fortune) du trust.

L'usufruit peut être réservé en faveur du constituant lui-même, par exemple dans le cadre d'un fixed interest trust constitué par acte entre vifs ou en faveur d'un tiers, en général le conjoint survivant²⁴³.

Rappelons qu'ici aussi l'approche comparative avec la constitution d'un usufruit par acte entre vifs ou à cause de mort, voire avec la donation assortie d'un usufruit en faveur du donateur ou d'un tiers, est purement fonctionnelle et non structurelle. L'usufruit de droit suisse a certes aussi pour effet d'instaurer une dissociation entre le droit d'usage et le droit de propriété. Comme le «life tenant», l'usufruitier recueille les fruits ou les revenus de la nue-propriété en mains de tiers. Néanmoins, la double prérogative sur un même patrimoine, ou élément de patrimoine, qu'instaure le trust ne peut être saisie sur le plan dogmatique par les concepts du droit réel continental, elle résulte de la dualité de deux juridictions: Common law et Equity²⁴⁴.

En résumé, il résulte de ce qui précède que l'affectation irrévocable d'un patrimoine à un fixed interest trust doit être assimilé, sur un plan comparatif, fonctionnel, à la constitution d'une fondation non autonome assortie d'une stipulation pour autrui parfaite. Il s'agit d'une donation sub modo du constituant au(x) bénéficiaire(s). Dans la mesure où le constituant s'est réservé, ou a réservé à un tiers bénéficiaire, l'attribution, sa vie durant, les revenus du capital trustal, on a, comparativement, à faire à une donation sub modo assortie ou doublée de la constitution d'un usufruit à titre gratuit.

Rappelons que l'assiette de l'impôt est déterminée par la valeur nette des biens, objet de l'attribution, évaluée en conformité avec les dispositions légales cantonales applicables.

4.1.2.2 Discretionary trust

Dans le cadre du discretionary trust, le constituant confère au trustee un pouvoir discrétionnaire (discretionary power) dont il détermine l'étendue de l'exercice dans l'acte constitutif. Le constituant peut enjoindre le trustee de distribuer tous les

²⁴³ Voir modèle, *Fixed interest settlement*, clause 3, annexe 2.

²⁴⁴ Voir chapitre III ci-dessus. Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 750-751; Landolf/Graf, p. 15.

revenus du trust, selon son pouvoir discrétionnaire, entre les membres de différentes classes de bénéficiaires (exhaustive trust). Le constituant peut également conférer au trustee le pouvoir d'accumuler les revenus du trust ou de les affecter à d'autres fins (par exemple, versement à une institution charitable) avant de les distribuer aux membres de différentes classes de bénéficiaires (non exhaustive trust)²⁴⁵.

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Alors que Ryser renvoie le lecteur à négocier de cas en cas avec les autorités fiscales compétentes²⁴⁶, Landolf/Graf²⁴⁷ préconisent l'adoption d'une solution pragmatique.

Selon Landolf/Graf, la constitution d'un discretionary trust équivaut à une donation à diverses classes d'ayant-droit («*Anspruchsberechtigte*»). L'impôt sur les donations et successions doit être prélevé immédiatement lors de la constitution du trust discrétionnaire à un taux d'imposition moyen («*Mischsteuersatz*»), lequel prend en compte les divers degrés de parenté des bénéficiaires vis-à-vis du constituant. Le montant imposable, soit la valeur imposable des biens attribués au trust, est escompté, l'escompte devant tenir compte de la remise différée des biens au(x) bénéficiaire(s).

Cette solution pragmatique a pour effet de réserver au fisc suisse une substance fiscale qui risque de lui échapper lorsque trustee(s) et bénéficiaire(s) se trouvent à l'étranger au moment de l'attribution.

L'attitude des autorités fiscales cantonales interrogées sur leur pratique lors de la constitution d'un discretionary trust par un constituant domicilié sur le territoire de leur canton est incertaine: tantôt elles se réservent d'ajuster leur pratique au cas par cas (Tessin, Genève), tantôt, conscientes du substrat fiscal qui leur échappe, elles préconisent une imposition immédiate au taux le plus élevé, par analogie aux règles applicables en matière de fondation ordinaire:

- Appliquent le taux d'imposition maximal par analogie avec les règles applicables lors de la constitution d'une fondation ordinaire: BL, BE, GR au niveau communal, NE, NW, SO sauf si les bénéficiaires appartiennent à la catégorie des non-assujettis, VS si les bénéficiaires ne sont pas spécifiquement désignés, VD et ZG.
- AG, BS diffèrent l'imposition jusqu'au moment de l'attribution effective et prennent en compte le degré de parenté entre le constituant et le bénéficiaire lors de la fixation du taux d'imposition applicable.

²⁴⁵ Voir ci-dessus 1.3.4.2.

²⁴⁶ Ryser, *Switzerland*, p. 23.

²⁴⁷ Landolf/Graf, p. 15.

- JU applique le tarif découlant du lien de parenté entre constituant et bénéficiaire si le lien de parenté est le même pour tous. Si le lien de parenté n'est pas le même pour tous, l'autorité fiscale se réserve d'appliquer une pratique au cas par cas.

Appréciation critique

Une approche fonctionnelle ou comparative impose, à notre avis, d'assimiler le discretionary trust, constitué de manière irrévocable, à une fondation autonome doublée d'une stipulation pour autrui imparfaite: il s'agit d'une fondation ordinaire et non d'une fondation de famille dont le cadre restreint de l'article 335 al. 1 CC n'est guère compatible avec le cadre étendu du trust servant d'instrument de planification patrimoniale. L'attributaire du patrimoine est le trust (au travers des trustees, agissant comme «*Organträger*»), et les bénéficiaires du discretionary trust n'ont qu'une expectative, voir qu'une attente²⁴⁸.

La conséquence en est une imposition du patrimoine constitué en trust au taux le plus élevé des impôts sur les donations et successions du canton où se trouve domicilié le constituant au moment de la constitution par acte entre vifs ou, si le discretionary trust irrévocable est constitué par acte à cause de mort, du canton dans lequel se trouve domicilié le constituant au moment de son décès.

Une exonération partielle est à notre avis concevable là où une part déterminée de la fortune constituée en trust est destinée à des entités d'utilité publique, sises en Suisse et exonérées des contributions publiques²⁴⁹.

²⁴⁸ Voir plus haut 1.3.4.2 et 2.4.

²⁴⁹ Rochat, p. 112: «... si le donataire est une personne morale dont le but est précisément d'apporter une aide matérielle aux personnes que le donateur a voulu gratifier, la donation est passible du droit à raison du montant total, à moins que le donataire ne soit au bénéfice d'une exonération subjective (fondation d'intérêt public, par exemple). En effet, il n'y a pas de charge au sens strict du terme, car le donataire est déjà tenu par ses statuts d'utiliser les fonds qu'il reçoit de la manière prescrite dans l'acte de donation. On peut donc à bon droit le considérer comme enrichi du montant total de la donation.»

Voir aussi Sieveking, p. 97; Muster, p. 183-184, 284 à 286. Selon Muster (avec références doctrinales et jurisprudentielles citées notamment à la p. 184), il y a exonération lorsque le patrimoine est affecté à un but d'utilité publique, de bienfaisance, à des fins religieuses, d'éducation, culturelles ou scientifiques, et que l'acte constitutif, ici le trust deed, contient des instructions expresses à cet effet de la part du constituant («*zweckgebunden*»).

Notons que l'imposition sur les donations et successions s'applique sans égard au fait que le constituant, résidant sur le territoire d'un canton suisse, soit exposé à une imposition ordinaire ou au bénéfice d'une imposition à forfait²⁵⁰. Certains cantons, notamment les cantons de Vaud et Genève, réservent un taux d'imposition privilégié pour les contribuables étrangers au bénéfice du forfait (art. 36 de la Loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations [VD – LMSD], et art. 5 de la Loi genevoise du 26 novembre 1960 sur les droits de succession [GE – LDS]).

4.1.3 La constitution du trust – conséquences fiscales pour le constituant?

Le rôle du constituant s'achève, en principe, avec la constitution du trust.

Ni les auteurs, ni la pratique fiscale ne se prononcent sur les conséquences fiscales résultant pour le constituant, résident de Suisse, de la constitution d'un trust.

Nous l'avons rappelé ci-dessus à la note marginale 204, il n'est certes pas exclu bien qu'improbable en raison de la spécificité même du trust express privé, que le constituant affecte (directement) en trust des éléments relevant de son patrimoine professionnel. Dut-il néanmoins le faire, une telle attribution aurait des conséquences fiscales auprès du constituant résident de Suisse: l'attribution serait assimilée à un transfert d'éléments du patrimoine professionnel dans le patrimoine privé du constituant et contribuable, et la différence entre la valeur vénale des biens transférés et leur valeur comptable serait réputée réalisée et constituerait un revenu imposable auprès du constituant. Si l'attribution est faite dans le cadre de la constitution d'un fixed interest trust, la donation sub modo que constitue la constitution du fixed interest trust ne constitue pas un cas de réalisation.

De même, l'affectation d'actions d'une société immobilière de droit suisse à un fixed interest trust de droit étranger, mais dont les bénéficiaires seraient résidents de Suisse, constitue un transfert à titre gratuit dont l'imposition est différée (art. 12 al. 3a LHID).

²⁵⁰ Pour une excellente présentation de l'imposition à forfait, nous renvoyons, entre autres, à l'article de M. Georges Wilhelm, *Impôt à forfait, imposition des étrangers d'après la dépense*, paru dans Bulletin ATAG n° 1, 1997, p. 20 ss. L'étranger obtenant le permis de séjour et s'établissant dans notre pays sans y exercer d'activité lucrative peut opter pour une imposition dite d'après la dépense. Il s'agit d'une forme particulière de taxation par appréciation, qui existe depuis de nombreuses années dans notre pays, et a été confirmée dans le cadre de l'harmonisation fiscale nationale.

L'affectation d'une part du patrimoine (privé ou professionnel) en trust constitue, à notre avis, un cas de taxation intermédiaire pour le constituant, sans égard au fait que l'affectation se fait à titre révocable ou irrévocable.

4.2 L'imposition du bénéficiaire

Le bénéficiaire, résident de Suisse et, dès lors, assujéti de manière illimitée à la *souveraineté fiscale nationale*, peut être soit bénéficiaire-créancier dans le cadre d'un fixed interest trust, soit bénéficiaire-expectatif dans le cadre d'un discretionary trust. Le constituant peut se compter au rang des bénéficiaires, et, dans le cadre d'un fixed interest trust, il est fréquent qu'il se réserve voire réserve à un tiers, sa (leur) vie durant, le bénéfice des revenus du capital du trust (life interest trust; life tenant).

Dans l'appréciation qui suit, nous n'examinons que le cas du bénéficiaire assujéti à une imposition ordinaire, et excluons le cas du bénéficiaire de nationalité étrangère, résident en Suisse, ayant opté, en lieu et place de l'imposition ordinaire, pour une imposition à forfait.

Nous ouvrons toutefois la parenthèse suivante:

Dans le cadre de l'imposition à forfait, le contribuable doit déclarer tous les revenus de source suisse. Quid si le bénéficiaire, imposé au forfait, reçoit des revenus trustaux (intérêts, dividendes, royautés) qui ont leur source dans un investissement du capital trustal en placement de titres (actions, obligations) d'un débiteur suisse? Il convient, à notre avis, de distinguer:

- Le bénéficiaire est un bénéficiaire-créancier, auquel cas le revenu du capital trustal lui est directement imputable ainsi que la part de capital y afférente. Le revenu garde son identité originare (intérêt, dividende, royauté) et le bénéficiaire doit donc le déclarer comme revenu de source suisse.
- Le bénéficiaire, n'est que bénéficiaire-expectatif, il est réputé recevoir des revenus trustaux ou «autres revenus», au sens conventionnel et, dès lors, ces revenus ayant leur source à l'étranger où ils sont le plus souvent taxés au niveau du trust, le bénéficiaire ne doit pas les reporter dans sa déclaration d'impôt.

Nous refermons ici la parenthèse.

4.2.1 Distributions de revenu trustal

4.2.1.1 Fixed interest trust

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Unanimentement, tant la doctrine²⁵¹ que la jurisprudence²⁵² qualifient d'usufruitier le bénéficiaire titulaire d'une créance en versement de revenus du trust sur une base régulière («life tenant»). Le revenu généré dans le trust, distribué ou non, s'ajoute au reste du revenu imposable, et sa valeur capitalisée s'ajoute au reste de la fortune imposable du bénéficiaire:

«Die Position des Beneficiary ist mit derjenigen eines Nutzniessers zu vergleichen und dementsprechend hat sich der Beneficiary Einkommen und Vermögen des Trust steuerlich zurechnen zu lassen und wird entsprechend einkommens- und vermögensteuerpflichtig. Kommt das Einkommen mehreren Beneficiaries zu, so ist eine entsprechende Aufteilung vorzunehmen.»²⁵³.

Interrogés à ce sujet, les autorités fiscales cantonales ont confirmé une pratique semblable, à savoir l'assimilation du bénéficiaire, créancier de revenu trustal, à un usufruitier. Ce sont exprimés dans ce sens les cantons de BE, FR, GR, LU, NE, NW, TI, VS, VD et ZG. Les autres cantons ne se sont pas prononcés, faute de pratique ou ne disposant pas d'une pratique arrêtée.

Appréciation critique

Les notions de revenu et de fortune sont des notions économiques auxquelles l'autorité appelée à appliquer la norme fiscale peut donner un contenu purement économique sans que soient transgressés les principes constitutionnels régissant le droit fiscal.

²⁵¹ Lachenal, p. 14-15; Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 751-755; Andina, p. 202; Pease, p. 7; Studer, p. 26; Landolf/Graf, p. 16-17.

²⁵² Archives 11, p. 367; ZBL63, p. 323; Archives 29, p. 315; RDAF 1957, p. 145; Archives 55, p. 657.

²⁵³ Landolf/Graf, p. 16.

Il est unanimement admis que le fixed interest trust, en sa qualité de patrimoine organisé, dépourvu de la personnalité juridique, n'a qu'une fonction de «conduit»: le(s) revenu(s) générés en son sein et directement attribuables au(x) bénéficiaire(s) – créanciers gardent leur identité originelle: dividende, intérêt, royauté constituent le rendement de la fortune trustale et entrent donc dans la définition que la LFID et la LHID donnent du revenu imposable.

Le droit fiscal anglais connaît le même principe. Ainsi Wisdell, au sujet du bénéficiaire-créancier, à vie, des revenus du capital trustal: «*A life tenant is treated as deriving his or her interest from the underlying source held by the trustees.*»²⁵⁴.

Nous partageons l'opinion des auteurs précités (note marginale 250) lorsqu'ils comparent le bénéficiaire-créancier, à vie, des revenus trustaux, à un usufruitier et lui imputent les revenus trustaux, distribués ou non distribués, ainsi que la fortune ou le capital trustal dont il a le bénéfice du rendement. Ici également, le droit fiscal anglais retient un principe similaire: «*A UK resident and domiciled life tenant is entitled to the income of the trust during his or her lifetime. This income is treated as the individual's, whether he or she draws the money or not, and as such has a liability to UK tax on an arising basis.*»²⁵⁵.

Le bénéficiaire-créancier d'un fixed interest trust a non seulement le bénéfice du rendement du capital trustal, mais il peut disposer économiquement (voire juridiquement) du capital trustal: titulaire d'un «*absolute indefeasible interest*», il peut exiger du trustee qu'il mette fin au trust et alloue au(x) bénéficiaire(s)-créancier(s) sa (leur) part au capital trustal²⁵⁶.

4.2.1.2 Discretionary trust

Le bénéficiaire d'un discretionary trust ne dispose pas d'une créance vis-à-vis du trustee, il ne dispose que d'une expectative, voire que d'une simple attente (bénéficiaire-expectatif)²⁵⁷.

²⁵⁴ Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1999, vol. 26, n° 6, p. 17.

²⁵⁵ Wisdell, *ibidem*.

²⁵⁶ Voir 1.6.2 ci-dessus et 3.3.2.1.

²⁵⁷ Voir modèle, «*specimen discretionary trust clauses*», annexe 3.

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Les auteurs et la pratique fiscale sont unanimes: le bénéficiaire d'un discretionary trust ne peut être imposé sur le revenu trustal aussi longtemps que celui-ci ne lui a pas été attribué:

«...solange der Trustee keine Ausschüttungen beschlossen hat, ist eine Besteuerung beim Beneficiary nicht zu rechtfertigen.»²⁵⁸, «Der Beneficiary hat in dieser Phase keinerlei konkreten Ansprüche auf die Trusteinkünfte oder das Trustvermögen. Sondern lediglich ein unbestimmtes anwartschaftliches Recht. Eine Besteuerung würde damit gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstossen.»²⁵⁹.

Les mêmes auteurs (voir note marginale 258) estiment aussi contraire au principe de la capacité contributive d'imposer auprès du bénéficiaire, au titre de l'impôt sur la fortune, le capital constitué en trust («corpus», fortune trustale). Ryser est du même avis

«... si pour une année déterminée tout ou partie des revenus courants de cette année sont distribués, on inclinera à les inclure dans les revenus imposables de celui qui les obtient au titre de cette même année. En revanche, le point de savoir si, pour cette même année, une imputation correspondante du capital au bénéficiaire, pour les besoins de l'impôt sur la fortune est admissible, est fort discutable.»²⁶⁰.

Landolf/Graf suggèrent, comme alternative à l'imposition du bénéficiaire, l'imposition du trust en tant que tel: *«... Besteuerung des Trust als solchen.»²⁶¹.*

Ces auteurs appuient leur thèse sur la similarité entre le trust et la fondation de famille, voire la succession incertaine:

«Dies rechtfertigt sich einerseits durch die Ähnlichkeit des Trust mit einer Familienstiftung, andererseits lässt sich die vorliegende Situation insbesondere auch mit der-

²⁵⁸ Landolf/Graf, p. 17-18.

²⁵⁹ Landolf/Graf, p. 18; dans le même sens: Ryser, *Rapports du trust et impôts directs*, p. 752; Lachenal, p. 15; Andina, p. 202; RDAF, 1950, p. 77 22.

²⁶⁰ Ryser, *Rapports de Trust et impôts directs*, p. 753; l'auteur fait une mince concession à l'approche comparative avec l'usufruitier, pour les besoins de l'impôt sur la fortune, dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'un trust discrétionnaire aurait reçu durant des années et de façon récurrente des revenus du trust; voir aussi Landolf/Graf, p. 20.

²⁶¹ Landolf/Graf, p. 18.

jenigen einer Erbengemeinschaft bei Unsicherheit über die Erbfolge vergleichen, indem auch hier eine Unsicherheit darüber besteht, welcher Beneficiary wieviel vom Trustee zugesprochen bekommt»...«U.E. erscheint es angesichts der diesbezüglich unsicheren Rechtslage in der Schweiz denkbar, die steuerliche Regelung für die Erbengemeinschaft analog auf den Trust anzuwenden und den Discretionary Trust grundsätzlich einer selbständigen Besteuerung gemäss den Bestimmungen über die natürlichen Personen zu unterwerfen.»

Une telle thèse ne va pas sans poser la question du rattachement personnel du trust discrétionnaire à une juridiction fiscale donnée et, notamment, à la juridiction fiscale suisse.

Pour Landolf/Graf, c'est le lieu avec lequel le trust discrétionnaire présente les liens les plus étroits qui doit servir à la détermination du rattachement personnel du trust discrétionnaire à une souveraineté fiscale donnée. Il peut s'agir alternativement:

- du lieu de la constitution et de l'enregistrement du trust;
- du lieu où s'effectue l'administration courante du trust;
- du lieu où sont prises les décisions concernant les modalités d'investissement de la fortune placée en trust;
- du lieu où s'effectue le contrôle effectif de l'exécution de l'arrangement trustal.

Landolf/Graf exigent un lien très étroit avec le territoire suisse pour conclure à un rattachement personnel du trust discrétionnaire avec le territoire de la Confédération. Ce sera le cas, par exemple, lorsque la fortune trustale est administrée en Suisse par un seul trustee, domicilié en Suisse ou, autre exemple, lorsque le protector, domicilié en Suisse dispose de pouvoirs étendus lui permettant d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du trustee, voire de révoquer celui-ci.

La pratique des autorités fiscales est très incertaine.

D'une part, elles admettent de n'imposer le revenu trustal qu'au moment où il est effectivement attribué au bénéficiaire.

D'autre part, elles appliquent des pratiques divergentes en ce qui concerne l'imposition du capital trustal. Certaines autorités fiscales cantonales: NE, LU, VD, procèdent à une imposition du capital trustal auprès du bénéficiaire en qualité de fortune imposable. D'autres autorités cantonales, telles que les autorités des cantons d'Argovie et des Grisons, n'excluent pas d'étendre au discretionary trust les normes fiscales applicables aux hoiries incertaines²⁶².

²⁶² §10 al. 2 LIAG, Art. 11 al. 2 et art. 74 al. 3 LIGR.

Voir aussi, *Revue fiscale* 39, p. 131; StE 1991, B13.2 n° 2 et StE 1984, B 13.2 n° 1.

Appréciation critique

S'agissant de l'imposition du revenu trustal, nous partageons l'avis des auteurs précités et des autorités fiscales cantonales: le bénéficiaire n'est redevable de l'impôt sur le revenu qu'au moment où une distribution de revenu trustal est exécutée et effective. Cette opinion est conforme au principe de l'exigence de la réalisation du revenu: le revenu n'est imposable que s'il est réalisé. Un revenu est considéré comme réalisé lorsque le contribuable le reçoit, lorsqu'il peut en disposer librement ou juridiquement, ou sur lequel il a un droit ferme. Le droit fiscal anglais établit le même principe: *«A UK resident and domiciled discretionary beneficiary will be subject to tax on the arising basis as and when the trustees exercise their discretion and distribute income from the trust to him or her.»*²⁶³.

Revenu, gains en capital réalisés sur le capital du trust et capital trustal sont imputables au trust en tant que tel, qui est le contribuable d'origine: *«If the trust has income to which no beneficiary is entitled, for example, because it is a discretionary trust, the trustees will be the tax payers.»*²⁶⁴. Contrairement, au fixed interest trust, le discretionary trust n'est pas transparent lorsqu'il s'agit de qualifier le revenu trustal. Sauf à être qualifié de manière autonome dans le cadre d'une convention préventive de double imposition, le revenu trustal généré au sein d'un discretionary trust entre dans la catégorie des «autres revenus», dont l'imposition et la qualification reviennent à l'Etat de résidence du bénéficiaire, voir ci-après 4.2.2.2 appréciation critique.

Le cas du Royaume-Uni de Grande-Bretagne, sur lequel nous reviendrons dans le cadre de la fiscalité internationale, est particulier en ce que la Grande-Bretagne s'est réservé le droit d'imposer les revenus du discretionary trust, avec pour effet que la Suisse doit exonérer ces revenus de ses impôts²⁶⁵.

La suggestion de Landolf/Graf d'imposer le trust en lieu et place du/des bénéficiaire(s) ne nous convainc pas.

A défaut de réception du trust en droit interne, le trust express privé ne saurait être assujéti de manière illimitée à la souveraineté fiscale suisse.

Ni la reconnaissance du trust comme patrimoine organisé au sens de l'article 150 LDIP, ni une ratification de la Convention de la Haye par la Suisse, ne suffiraient à fonder une base légale suffisante. Il faut pour cela une réception de l'institution au niveau du droit interne, éventuellement sous la forme d'une «fiducie renouvelée»,

²⁶³ Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1999, vol. 26, n° 6, p. 17.

²⁶⁴ Sheridan, p. 392.

²⁶⁵ Rivier, *Droit fiscal international*, p. 290 et 5.3 ci-après.

comme le suggère Thévenoz, qui aurait pour effet de donner au système juridique suisse une «institution analogue». Cette modification législative du droit civil devrait être complétée d'une base légale dans la législation fiscale (voir 4.4 ci-après).

4.2.2 Distributions provenant des gains en capital réalisés sur le capital («corpus», fortune) du trust

4.2.2.1 Fixed interest trust

Le point de vue des auteurs

La doctrine²⁶⁶ admet que le fixed interest trust n'a pas «d'effet transformateur». La distribution trustale garde sa nature originaire:

«Werden dem Beneficiary neben den periodischen Einkünften auch Kapitalgewinne auf dem Trustvermögen ausgeschüttet, so können diese Kapitalgewinne nicht als steuerbares Einkommen behandelt werden. Aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit des Trust und seiner transparenten Behandlung kann dem Trust keine Transformatorwirkung zukommen. Von ihrer Natur her steuerfreie Einkünfte aus Kapitalgewinnen können nicht durch Zwischenschaltung eines Trust arrangements in steuerbares Einkommen verwandelt werden.»²⁶⁷

Appréciation critique

Nous partageons les avis de Ryser Landolf/Graf: les distributions trustales provenant de gains en capital réalisés sur le capital trustal sont exclus de l'impôt sur le revenu.

L'analogie entre les bénéficiaires-créanciers et les porteurs de parts de fonds de placement s'impose. Comme le note Toni Hess, responsable du service juridique auprès de l'intendance cantonale des impôts du canton des Grisons, dans sa réponse du 17 juillet 1998: «Eine ähnliche Situation ergibt sich bei Anlagefonds; der auf Stufe Fonds erzielte und an den Anteilsinhaber ansägeschüttete Kapitalgewinn ist bei letzterem steuerfrei.».

²⁶⁶ Landolf/Graf, p. 17; Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 755.

²⁶⁷ Landolf/Graf, p. 16.

4.2.2.2 *Discretionary trust*

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

Landolf/Graf excluent une imposition des gains en capital réalisés sur la fortune trustale: «Ausschüttungen von Kapitalgewinnen stellen weder steuerbares Einkommen dar, noch ist eine Schenkungssteuer zu entrichten.»²⁶⁸ Ryser est du même avis²⁶⁹.

La pratique des autorités fiscale cantonales va dans le même sens. Il incombe, le cas échéant, au bénéficiaire de démontrer la source des distributions trustales.

Appréciation critique

En raison de «l'effet écran» du discretionary trust, les gains en capital étant réalisés au sein du trust, toute distribution trustale provenant d'un discretionary trust doit être qualifiée «d'autre revenu», et il incombe à la législation fiscale suisse, sauf disposition conventionnelle, de préciser si une telle distribution est imposable ou non au titre de revenu.

En l'absence de dispositions légales de droit interne sur le traitement fiscal des distributions trustales, l'approche comparative du discretionary trust avec la fondation ordinaire peut servir de guide dans l'appréciation fiscale de telles distributions. Or, en la matière, il existe une grande diversité dans les législations cantonales²⁷⁰.

Il nous paraît toutefois raisonnable de retenir le principe suivant comme ligne directrice:

Selon que la distribution trustale a un caractère périodique ou unique, elle constituera un revenu imposable ou une donation d'ores et déjà imposée, sans égard à la source de son financement (revenus trustaux ou gains en capital)²⁷¹. Zuppinger/Höhn ajoutent au critère de la périodicité, respectivement de l'apériodicité, le caractère général gratuit (*animus donandi*) de l'attribution, de telle sorte que même si l'attribution intervient sur une base régulière, mais procède d'une intention gratuite (*animus donandi*), elle devrait être exclue de l'imposition au titre de revenu. Comme

²⁶⁸ Landolf/Graf, p. 19.

²⁶⁹ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 755.

²⁷⁰ Voir, par exemple, Landolf, p. 240 ss, notamment la note marginale 184.

²⁷¹ Ce principe vaut sous réserve d'une disposition conventionnelle contraire, par exemple art. 21 CDI-RU. Voir aussi Sprecher/von Salis-Lütolf, p. 108; Richner/Frei, §4 ZH, *Erbschafts- und Steuergesetz*, note 158; Landolf, p. 240 ss; Zuppinger/Höhn, p. 520-521: «Als Einkommen sind steuerbar in der Regel die periodischen Zuflüsse.»

nous l'avons mentionné ci-dessus sous 3.3.2.2, le discretionary trust a pour effet d'instaurer une césure entre l'animus donandi du settlor et l'attribution effectuée par le(s) trustee(s) sur la base de leur pouvoir discrétionnaire, de telle sorte que l'on se trouve réduit, en matière trustale, à recourir au critère de la périodicité, respectivement de l'apériodicité, des attributions pour les assujettir à l'imposition sur le revenu, ou les en exclure.

4.2.3 Distributions provenant du capital («corpus», fortune) du trust

4.2.3.1 Fixed interest trust

Le point de vue des auteurs

Il s'agit selon les auteurs²⁷² d'une attribution à titre gratuit, hors du champ d'application de l'impôt sur le revenu:

«Quelle que soit la définition qu'on donne au revenu imposable, il reste clair que ce qu'un contribuable reçoit au titre d'une succession ou donation se trouve hors du champ de l'impôt sur le revenu. Sachant que l'affectation du capital initial du settlor au trustee s'analyse comme une donation destinée, en fin de compte, au bénéficiaire ultime du capital (remainderman), il est évident que toute distribution de capital par le trustee au bénéficiaire qui y a vocation ressortit au domaine des transferts de biens à titre gratuit. Toutes les législations connaissant le trust le conçoivent de cette manière.»

Appréciation critique

Nous partageons les avis de Ryser et Landolf/Graf. Toute distribution trustale provenant du capital du trust doit être qualifiée d'attribution à titre gratuit. Certes, dernière, le cas échéant, aura déjà été imposée si le constituant était domicilié en Suisse au moment de la constitution du trust par acte entre vifs, ou s'il est décédé domicilié en Suisse avec un trust testamentaire.

²⁷² Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 756; Landolf/Graf, p. 17; Andina, p. 204; Lachenal, p. 14-15.

4.2.3.2 *Discretionary trust*

Le point de vue des auteurs

Selon Landolf/Graf, deux points de vue sont concevables:

- L'attribution au bénéficiaire n'a pas lieu au moment de l'affectation du capital («corpus», fortune) au trust, mais lors de chaque attribution effective, subséquente, en cours de «vie» du trust; le montant attribué au bénéficiaire et prélevé sur le capital trustal équivaut alors à une donation imposable. Les auteurs ne se prononcent pas sur le taux applicable. Il y a lieu de présumer qu'il s'agit du taux d'imposition déterminé par le montant reçu, et par le lien de parenté existant entre bénéficiaire et settlor.
- L'attribution aux bénéficiaires est réputée être intervenue au moment de la constitution du discretionary trust. Le taux d'imposition applicable est un taux mixte tenant compte des divers degrés de parenté liant les bénéficiaires au settlor, l'impôt sur les donations frappe l'entier du capital affecté en trust.

La distribution trustale subséquente prélevée sur le capital trustal ne serait alors plus imposable au titre de donation²⁷³.

Pour Ryser, en revanche, «... toute distribution de capital par le trustee au bénéficiaire qui y a vocation ressortit au domaine des transferts de biens à titre gratuits», elle constitue donc une donation imposable²⁷⁴.

Appréciation critique

Nous avons comparé, sur un plan fonctionnel, la constitution d'un discretionary trust, à titre irrévocable, à la constitution d'une fondation autonome, c'est-à-dire d'une fondation ordinaire induisant le prélèvement d'un impôt sur les donations (voire sur les successions) au taux le plus élevé, étant admis que le constituant relève, à raison de son domicile sur le territoire d'un canton, de la souveraineté fiscale dudit canton.

²⁷³ Landolf/Graf, p. 19.

²⁷⁴ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 756, l'auteur ne se prononce pas sur le taux d'imposition applicable.

La question qui se pose est de savoir si la constitution du discretionary trust a pour effet d'induire une césure dans l'animus donandi du settlor, notamment si les pouvoirs discrétionnaires (discretionary powers) conférés par le settlor au trustee ont pour effet d'accorder au trust un «animus» propre, autonome²⁷⁵.

Comme nous l'avons vu plus haut, sous 1.5.2: «... a trust is imperative, a power discretionary».

Le trustee peut donc faire usage ou non du «power» qui lui est conféré, dans le cadre défini par le settlor dans l'acte constitutif du trust. Si l'on se réfère aux exemples de clauses discrétionnaires données sous 1.3.4.2, on constate que l'étendue du pouvoir conféré au trustee peut être très large; il n'est pas arbitraire de soutenir que, dans le cadre du discretionary trust, il y a césure entre l'animus donandi du settlor et la décision du trustee, prise en vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré par le settlor, de procéder à une distribution trustale provenant du capital ou «corpus trustal». En conséquence, les considérations émises ci-dessus s'appliquent par analogie au cas des distributions trustales provenant du capital trustal: leur périodicité, respectivement leur «apériodicité», décide de leur qualification comme revenu imposable ou non.

Les considérations qui précèdent s'appliquent aussi au cas fréquent du «*maintenance and accumulation trust*», où le trustee décide, dans le cadre des mesures à prendre sur le plan financier pour assurer l'entretien et l'éducation d'un bénéficiaire, d'accumuler les revenus du capital trustal pour les verser ultérieurement (voir 1.5.2). L'«apériodicité» de la distribution trustale effectuée après l'exercice du pouvoir discrétionnaire conduit à qualifier la distribution trustale de donation, non soumise à l'impôt sur le revenu, voir aussi 5.3 ci-après.

4.2.4 Le constituant comme bénéficiaire

Il n'est pas rare que, dans le cadre d'un trust express privé constitué entre vifs, le constituant s'institue «life tenant» et se réserve l'attribution des revenus du capital («corpus») trustal durant sa vie («life interest trust»).

La comparaison fonctionnelle d'une telle structure avec la constitution d'un usufruit nous paraît refléter la réalité juridique anglo-saxonne.

Fiscalement, le constituant, en sa qualité d'usufruitier, est imposé, au titre de l'impôt sur le revenu, sur les revenus du capital du trust, distribués ou non, et au titre de l'impôt sur la fortune, sur le capital («corpus») trustal qui lui est économiquement et donc fiscalement imputable.

²⁷⁵ Voir arrêt zurichois, ZstP 1/1998, p. 52 ss, sous 3.2.2.2, p. 113.

Demeure réservé le cas de la simulation («sham trust», 1.5.1 ci-dessus) dont les conséquences fiscales sont néanmoins identiques: imputation fiscale des revenus et du patrimoine trustaux en la personne du constituant.

4.2.5 Modification et fin du trust

Une modification de l'acte constitutif du trust ne peut être le fait que des bénéficiaires jouissant d'un droit absolu sur les biens du trust («*absolute indefeasible interest*»), ou du juge, sur requête du trustee ou en vertu de son pouvoir juridictionnel propre.

Une modification standard consiste à changer la simple expectative en créance ferme sur les revenus nets du trust.

L'entrée en force d'une telle modification a pour effet que le bénéficiaire, résident en Suisse, doit déclarer au titre de revenu imposable les distributions de revenu trustal sur lesquelles il a désormais un droit de créance, et déclarer, au titre de la fortune imposable, la partie du capital trustal afférente aux distributions du revenu trustal.

Une autre modification peut consister dans l'attribution au bénéficiaire d'une avance sur le capital du trust, («... *power of advancement and encroachment*»)²⁷⁶. Cette avance augmente la fortune imposable du bénéficiaire, elle est imposable à ce titre mais ne constitue pas un revenu imposable.

Lorsque la durée pour laquelle le trust a été constitué prend fin, ou lorsque les bénéficiaires, titulaires d'un «*absolute indefeasible interest*» requièrent du trustee qu'il mette fin au trust, le trust entre en liquidation et le capital est distribué aux bénéficiaires ultimes ou, le cas échéant, «retourne» au constituant sous la forme d'un «*resulting trust*».

Pour le bénéficiaire, resp. le constituant, il s'agit d'un accroissement de la fortune imposable, non exposé à l'impôt sur le revenu, sauf pour la part du montant distribué, constituée de revenus accumulés. Celle-ci est exposée à l'impôt sur le revenu, sans égard à la qualification donnée par l'Etat étranger de résidence du trust²⁷⁷. Demeurent

²⁷⁶ «Die Power of advancement wird dem Treuhänder für diejenigen Fälle erteilt, bei denen der Settlor den Begünstigten, bei Vorliegen besonderer Umstände, ihren Kapitalanteil vorzeitig partiell oder ganz zukommen lassen will. Dabei handelt es sich namentlich um Situationen, in denen etwa dem Beneficiary ermöglicht werden soll, ein eigenes Geschäft zu eröffnen, oder einen substantiellen Kredit zurückzuzahlen», Moosmann, p. 86; voir aussi 1.5.2 ci-dessus.

²⁷⁷ Le Canada, par exemple, requalifie les revenus accumulés en capital, W. Goodman, p. 134; «It seems to be implicit in the Canadian legislation that trust income which is not currently distributable, and which is therefore taxed in the hands of the trust, is then treated as if it was capitalized, whether or not

réservées les clauses contraires contenues dans les conventions préventives de double imposition par la Suisse, telles que l'article 22 CDI-RU, qui impose à la Suisse d'exempter les revenus trustaux d'ores et déjà imposés en Grande-Bretagne.

4.3 L'imposition du trustee

En l'absence d'une norme fiscale de reconnaissance du trust en tant qu'institution juridique unitaire sui generis, le caractère fiduciaire institué par la relation tripartite du trust reste prépondérant: animé par le rapport de confiance qui le lie au trustee, le constituant remet des biens, titres, créances au trustee qui s'oblige à les gérer et à en disposer selon les instructions du constituant.

La relation tripartite instituée par le trust est de nature «fiduciaire».

Le point de vue des auteurs et la pratique fiscale

La nature fiduciaire, au sens économique du terme, du rapport trustal établi entre le constituant, le bénéficiaire et le trustee est unanimement reconnue par les auteurs et la pratique fiscale²⁷⁸.

«Qu'on tente d'analyser le trust comme ressortissant plutôt au domaine des droits réels qu'au domaine des contrats, une chose reste évidente dans les deux hypothèses, c'est que le transfert de biens au trustee, sa position de propriétaire apparent et sa

this is provided for in the trust instrument so that any subsequent distribution out of such previously taxed income is treated for tax purposes as a tax free capital distribution, which is excluded from the beneficiary's income...», «...In the United States and in the United Kingdom, a distribution out of a trust's previously accumulated income may be treated for tax purposes as an income distribution received by the beneficiary, irrespective of its characterization for trust law purposes. However in Canada such a distribution is always treated as capital distribution, which is therefore tax free.»

Notre conclusion quelque peu péremptoire s'explique par le fait que ce sont les bénéficiaires-créanciers d'un fixed interest trust qui, en général, sont autorisés à demander au trustee respectivement au juge qu'il soit mis fin au trust; les revenus du trust leur sont directement imputables et gardent leur qualification de revenu, fussent-ils accumulés au sein du trust.

²⁷⁸ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 756-759; Landolf/Graf, p. 20-22; Andina, p. 204; Lachenal, p. 15-16; Dagon, p. 101 ss; Brunner, *Das Treuhänderhältnis in Steuerrecht*. Tous les cantons sans exception.

situation tant à l'égard du settlor qu'à celle des bénéficiaires ont, par essence, une nature fiduciaire: il ne saurait détenir et utiliser ces biens ni exercer ses droits dans son propre intérêt»²⁷⁹.

Dans le même sens, Landolf/Graf:

«Es dürfte als anerkannt gelten, dass der Trustee aus Schweizer Perspektive als bloss treuhändischer Eigentümer des Trustvermögens behandelt werden darf. Somit entfällt die steuerliche Zurechnung des Trusteinkommens und – vermögens zum Trustee, sofern die einschlägigen Voraussetzungen für die Anerkennung eines Treuhänderverhältnisses erfüllt sind. Diese Lösung entspricht der Tatsache, dass dem Trustee aus dem Trustvermögen keinerlei wirtschaftlichen Vorteile zukommen.»²⁸⁰.

Dès lors que le trustee ne détient, ni n'a l'usage, des biens constitués en trust pour son propre intérêt, ces biens et les revenus qui en découlent ne sauraient lui être imputés fiscalement.

Une imposition de la fortune du trust et des revenus auprès du trustee serait contraire au principe de l'imposition selon la capacité contributive.

A l'instar des auteurs précités, les autorités fiscales cantonales reconnaissent le caractère fiduciaire du rôle assumé par le trustee, et appliquent dans leur pratique la notice d'octobre 1967 de l'Administration fédérale des contributions²⁸¹.

Appréciation critique

A notre avis, le trustee n'étant pas le bénéficiaire économique des biens trustaux et des revenus qui en résultent, il ne saurait en être redevable fiscalement. Le détour par le concept de la fiducie n'est pas nécessaire. Au demeurant, fiducie et trust n'ont pas de commun autre que le rapport de confiance (fiducia) liant le constituant au trustee. Se fondant sur ce rapport de confiance, le constituant remet au trustee des biens pour qu'il les administre et gère en faveur de bénéficiaires, au nombre desquels peut se compter le constituant. Nous renvoyons aux développements sous 2.1.1 et 3.5.

²⁷⁹ Ryser, *Rapports de trust et impôts directs*, p. 756-757.

²⁸⁰ Landolf/Graf, p. 20.

²⁸¹ Notice Rapports fiduciaires, octobre 1967. Masshardt, p. 17 ss; RDAF, 1956, p. 242 ss; RDAF, 1957, p. 302 ss; Archives 15, p. 489 ss; Bianchi, L'EC 6/7/80, p. 22 ss; Cuendet, L'EC 3/92, p. 130 ss, 4/92, p. 187 ss; 6/92, p. 361 ss; Maillard, p. 59-60; Maillard, p. 69.

Précisons que nous n'entrons pas en matière ici sur la taxe sur la valeur ajoutée frappant ou ne frappant pas les services financiers et banquiers rendus à des trusts, ni sur la loi sur le droit de timbre à laquelle tout trustee résident de Suisse et ayant qualité de commerçant suisse de titres (par exemple les banques) est assujéti dès qu'il agit comme intermédiaire (c'est-à-dire en son nom mais pour le compte du fiduciaire (le(s) bénéficiaire(s) du trust voire le trust même).

4.4 Le trust, un patrimoine organisé comme sujet fiscal?

L'art. 150 al. 1 LDIP et la Convention de la Haye (non encore ratifiée par la Suisse) instituent des normes de reconnaissance en droit international privé.

Si l'article 150 LDIP établit une reconnaissance du trust comme entité juridique autonome, susceptible d'établir avec la collectivité perceptrice un lien économique, et donc un assujétissement limité (impôt anticipé sur revenu trustal de source suisse, par exemple), il n'induit pas, en revanche, une réception du trust dans la législation civile ou fiscale, à même d'instituer un rattachement personnel et, dès lors, un assujétissement illimité du trust à la souveraineté fiscale suisse.

Notons que la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, ratifiée par la Suisse le 18 octobre 1991 et en vigueur en Suisse dès le 1^{er} janvier 1992, institue une compétence spéciale en matière de trust en faveur des tribunaux de l'Etat contractant où le trust a son domicile. Il incombe aux règles de conflit de chaque Etat contractant de déterminer si le trust a son domicile sur le territoire de l'Etat contractant. Or, la LDIP ne contient pas de règle sur le rattachement personnel du trust (critères selon lesquels le trust est réputé domicilié en Suisse)²⁸².

Le point de vue des auteurs

En l'absence de réception du trust express privé en droit suisse, Landolf/Graf postulent une application par analogie des normes fiscales sur les successions incertaines au discretionary trust:

²⁸² Stieger, L'EC 4/92, p. 202 ss.

«Aus der Vergleichbarkeit eines Discretionary Trust mit einer Familienstiftung und insbesondere mit einer Erbengemeinschaft mit unsicherer Erbfolge hat sich der Ansatz der selbständigen Besteuerung des Discretionary Trust ergeben.»²⁸³.

S'agissant de la question du rattachement du discretionary trust à la souveraineté fiscale suisse, les auteurs sont d'avis qu'il convient d'examiner avec quel lieu la fortune trustale et le revenu qui en découle ont les relations les plus étroites. Ils citent les points de rattachement standard, (points qui déterminent aussi la loi applicable au trust à défaut de choix par le constituant, encore convient-il de ne pas confondre loi applicable et rattachement fiscal). Les points de rattachement cités sont les suivants:

- le lieu de constitution et d'enregistrement du trust;
- le lieu de l'administration courante du trust;
- le lieu où sont prises les décisions d'investissement de la fortune trustale;
- le lieu d'où est exercé le contrôle effectif d'une bonne exécution de l'arrangement trustal.

Les auteurs conviennent que les liens avec la Suisse doivent être très étroits pour justifier un rattachement fiscal à la Suisse d'une institution qui est étrangère à notre système juridique. La structure trustale doit être aménagée de telle façon que sans la/les personne(s) domiciliée(s) en Suisse, la structure trustale ne pourrait fonctionner. C'est également en Suisse que doit se trouver le centre de décision. A titre d'exemples d'une réelle concentration d'éléments opérationnels et décisionnels, les auteurs citent:

- Le cas où le trustee unique est domicilié en Suisse, où se trouve aussi le patrimoine trustal. Il doit s'agir d'un trustee unique.
- Le protector disposant de pouvoirs étendus pour intervenir dans les décisions des trustees, voire pour révoquer ceux-ci, est domicilié en Suisse, et le trustee unique ou la majorité des trustees se trouvent aussi domiciliés en Suisse.

Pour Landolf/Graf, seul compte pour constituer un rattachement fiscal du trust à la Suisse le fait que le trustee unique ou la majorité des trustees qui exercent toutes les fonctions-clefs, à savoir l'administration courante du trust, les décisions d'investissement, le contrôle effectif d'une bonne exécution de l'arrangement trustal, se trouvent domiciliés en Suisse²⁸⁴.

²⁸³ Landolf/Graf, p. 18 et 21.

²⁸⁴ Landolf/Graf, p. 22.

Appréciation critique

Une imposition illimitée du trust en qualité de patrimoine séparé et autonome est, de lege lata, contraire au principe de la légalité de l'imposition.

De même, la tentation de vouloir appliquer par analogie au trust express privé, et notamment au trust discrétionnaire, les normes fiscales établissant une imposition de la succession indivise est également contraire au principe de la légalité de l'impôt. Il n'est, en effet, pas admissible d'appliquer une norme fiscale non seulement aux situations et aux faits qu'elle vise expressément mais également à ceux qui leur sont semblables²⁸⁵.

Une imposition du trust en tant que tel implique une modification législative ayant pour effet d'introduire dans notre système juridique, par le biais d'une fiducie renouvelée dont les contours ont été élaborés par Thévenoz²⁸⁶, une «*institution analogue*». L'élaboration législative d'une telle institution analogue permettrait à la Suisse de ratifier la Convention de la Haye, et au législateur fiscal d'élaborer une norme fiscale faisant de «*l'institution analogue*», et par voie d'extension du trust express privé, un sujet fiscal dont les droits et obligations seraient exercés par voie de substitution par le ou les trustees.

Le rattachement fiscal du trust express privé à la souveraineté fiscale suisse serait déterminé par le domicile ou le siège en Suisse du ou des trustees assumant par voie de substitution les obligations (et droits) fiscales du trust express privé. Là où seulement une partie des trustees serait domicilié ou n'aurait son siège en Suisse, le rattachement fiscal du trust express privé serait donné chaque fois que le constituant était domicilié en Suisse au moment de la constitution du trust, par acte entre vifs ou à cause de mort²⁸⁷, par exemple en la forme authentique.

²⁸⁵ Rivier, *Droit fiscal*, p. 102. Rappelons que, conformément au principe de la légalité de l'impôt, «*c'est la loi qui doit fixer l'objet de l'impôt, le cercle des contribuables ainsi que les principes essentiels permettant d'établir le montant qui sera réclamé au contribuable*», Rivier, *Droit fiscal*, p. 79.

²⁸⁶ Voir, ci-dessus 2.5. En date du 30 juin 2000, le professeur Thévenoz a déposé un Rapport sur l'adhésion de la Suisse à la Convention relative à la loi applicable au trust et ses effets, contenant un projet de codification de la fiducie. Ce projet de codification concrétise sur le plan de la technique législative les postulats formulés par Thévenoz en 1995 tendant à l'élaboration législative d'une «*fiducie renouvelée*», voir Thévenoz, *Trusts*.

La pierre angulaire du projet de codification réside dans la reconnaissance de véritables patrimoines fiduciaires distincts du patrimoine personnel du fiduciaire.

²⁸⁷ On retrouve une règle analogue en droit fiscal anglais, voir Rapport OCDE, 1989, p. 379-384.

On retrouve un principe semblable en droit fiscal anglais:

«Where all the trustees are non-resident, then the trust is not resident for income tax purposes. Where all the trustees are resident, then the trust is resident for income tax purposes. Where there is a mixed residence of trustees, but not necessarily a majority, then the residence status of the trust will depend on the status of the settlor at the time that the funds were provided. The trust will be non resident only where the settlor was not resident, not ordinarily resident and non-domiciled in the United Kingdom when he or she put funds into the settlement.»²⁸⁸.

Il résulte de ce qui précède qu'une imposition du trust en tant que tel nécessite une modification législative ayant pour effet de modifier la fiducie-gestion dans le sens d'une «fiducie renouvelée», telle qu'élaborée et codifiée par Thévenoz, et doublée d'un élargissement de la notion de fondation de famille au-delà du cadre de l'article 335 al. 1 CC. Le droit suisse se trouverait ainsi enrichi d'une «institution analogue» au trust.

Pareille modification législative aurait un impact direct sur les conventions de double imposition conclues par la Suisse avec les pays connaissant l'institution du trust, avec pour effet d'imposer une redéfinition de la notion de «personne» dont le contenu actuel, partant de la prémisse nationale (le trust ne relève que de la législation anglo-saxonne), a pour conséquence de n'accorder au droit conventionnel qu'un effet unilatéral du point de vue suisse. Avec «l'institution analogue» et par extension avec le trust comme nouveaux sujets fiscaux de droit suisse, le droit conventionnel se verrait attribué un véritable effet bilatéral.

A la lecture du projet de codification de la fiducie (Annexe 6) préparé par le professeur Thévenoz, on note que la «fiducie-renouvelée» du droit suisse reprend des caractéristiques que l'on trouve dans le droit des trusts:

- le caractère de libéralité de la dotation de patrimoine du fiduciaire en un patrimoine fiduciaire (art. 1);
- l'existence de patrimoines fiduciaires séparés à côté du patrimoine personnel du fiduciaire (art. 2);

²⁸⁸ Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1999, vol. 26, n° 6, p. 16. Le droit fiscal anglais applique des normes différentes s'agissant de la résidence du trust selon qu'il s'agit de déterminer l'assujettissement fiscal à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les gains en capital. Dans ce dernier cas, il y a un rattachement fiscal du trust au droit fiscal anglais seulement là où la majorité des trustees est résident en Grande-Bretagne: «The general rule is that where all or a majority of the trustees are not resident or ordinarily resident in the United Kingdom and the general administration of the trust is carried on outside the United Kingdom, then the trust is not resident for capital gain tax purposes.», Wisdell, *ibidem*.

- la nature fiduciaire du titre sur la base duquel agit le fiduciaire (art. 3 lit. e);
- le droit de suite du fiduciaire, d'un autre fiduciaire et de tout bénéficiaire (art. 8);
- la possibilité pour les bénéficiaires, agissant de manière unanime, de mettre fin à la fiducie de manière anticipée (art. 9) et la distribution des biens restants en conformité avec l'acte de fiducie ou, à défaut d'une telle clause, un retour de ces biens au fiduciaire ou à ses héritiers.

Ce catalogue très succinct des normes d'une fiducie-renouvelée démontre que celles-ci recèlent des caractéristiques du droit des trusts qui nous ont guidé dans notre appréciation de l'appréhension fiscale nationale des relations trustales en droit suisse:

- le caractère de libéralité que constitue la dotation d'un patrimoine fiduciaire;
- l'existence de bénéficiaires-créanciers et de bénéficiaires-expectatifs (fixed interest trust/discretionary trust);
- la résiliation anticipée de la relation fiduciaire par les bénéficiaires agissant d'un commun accord et la distribution des biens fiduciaires restants en conformité avec l'acte de fiducie.

Nous sommes dès lors tentés de soutenir que les appréciations émises antérieurement sur l'appréhension fiscale nationale, de lege lata, des relations trustales garderaient toute leur validité, de lege ferenda, dans le cadre d'une fiducie codifiée.

La codification de la fiducie fondée sur la reconnaissance de patrimoines fiduciaires séparés du patrimoine personnel du fiduciaire aurait l'avantage d'autoriser le législateur fiscal à saisir normativement le trust, notamment le discretionary trust, comme une entité fiscale séparée.

La possibilité pour le fiduciaire, respectivement le trustee, de se faire inscrire à ce titre dans les registres où un bien fiduciaire respectivement trustal est documenté, suffirait à créer un rattachement fiscal limité du trust avec la souveraineté fiscale suisse. Quant au rattachement fiscal illimité du trust, notamment du discretionary trust, à la souveraineté fiscale suisse, il serait déterminé par le domicile ou le siège en Suisse du ou des trustees. En cas de pluralité de domiciles ou de sièges des trustees, le rattachement fiscal illimité à la fiscalité suisse serait admis chaque fois que le constituant était domicilié en Suisse au moment de la constitution du trust, par acte entre vifs ou à cause de mort. Les dispositions applicables en matière de personnes physiques, soit l'assujettissement aux impôts sur le revenu et la fortune, s'appliqueraient au patrimoine trustal; les gains en capital demeuraient exonérés sauf si le patrimoine trustal au sein duquel ils ont été réalisés a le caractère d'un patrimoine commercial.

L'appréhension fiscale de la constitution du trust et des distributions effectuées aux bénéficiaires resterait telle que nous l'avons décrite sous 4.1 et 4.2 ci-dessus.

V. LES RELATIONS DE TRUST ET LA FISCALITÉ SUISSE INTERNATIONALE

Les échanges économiques et juridiques au-delà des frontières nationales entraînent des conflits de souveraineté fiscale (5.1) et posent la question de savoir qui, en matière trustale, du bénéficiaire ou du trustee, est titulaire des avantages contenus dans une convention préventive de double imposition (5.2). C'est à partir des qualifications opérées dans un cadre national que se définit la titularité aux avantages contenus dans les conventions de double imposition conclues par la Suisse (5.3, 5.4 et 5.5), demeurent réservées les réglementations conventionnelles spécifiques comme la réglementation de l'article 22.2 de la Convention passée par la Suisse avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne (CDI-RU).

En matière successorale, c'est moins la mise en place du trust que les conflits de qualification et de rattachement qui engendrent les conflits de souveraineté fiscales (5.6). La Convention passée avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne contient à la fois des règles de localisation de biens et de crédit d'impôt dont l'effet n'est pas d'éliminer la double imposition mais de la mitiger.

5.1 Pluralité de souverainetés fiscales

Comme le soulignent les auteurs du rapport sur le traitement fiscal des trusts sous l'empire de la convention modèle OCDE:

«In civil law countries trust problems are unlikely to be purely domestic ones; the proper law of the trust is bound to be foreign but there may still be domestic source income, or a domestic resident trustee or beneficiary»²⁸⁹.

De fait, les relations de trust s'actualisant dans le contexte d'un pays de droit civil ont pour effet de mettre en concours des souverainetés fiscales multiples: Etat de résidence du trust, voire du ou des trustees, Etat de la source des revenus du trust, Etat de résidence du bénéficiaire, Etat de résidence du constituant²⁹⁰.

²⁸⁹ *The treatment of trust and the OECD model convention*, European Taxation, 1989, p. 379 ss spéc. 385, ci-après «Rapport OCDE, 1989».

²⁹⁰ Dans ce sens: Rapport OCDE, 1989, p. 392; Ryser, *Rapports de trusts et conventions préventives de double imposition*, p. 350-352.

Le Rapport OCDE (p. 392) établit le tableau suivant de concours de souverainetés fiscales:

	<i>A</i> <i>Source State</i>	<i>B</i> <i>Trustee's residence State</i>	<i>C</i> <i>Beneficiary's residence State</i>
1	<i>Domestic</i>	<i>Foreign</i>	<i>Foreign</i>
2	<i>Foreign</i>	<i>Domestic</i>	<i>Foreign</i>
3	<i>Foreign</i>	<i>Foreign</i>	<i>Domestic</i>
4	<i>Domestic</i>	<i>Domestic</i>	<i>Foreign</i>
5	<i>Domestic</i>	<i>Foreign</i>	<i>Domestic</i>
6	<i>Foreign</i>	<i>Domestic</i>	<i>Domestic</i>

D'un point de vue suisse il convient d'examiner les hypothèses 1, 4 et 5 (regroupés sous 5.4.1 ci-après) et 3 et 6 (regroupés sous 5.4.2 ci-après). L'hypothèse 2 n'est pas pertinente dans la mesure où le trust n'est pas, de lege lata, un sujet fiscal en droit suisse, les conventions n'ayant, de ce fait, pour la Suisse qu'un effet unilatéral.

La notion de souveraineté fiscale²⁹¹ conçue comme le pouvoir de chaque pays souverain, ou chaque Etat souverain, d'édicter et d'appliquer des normes de droit fiscal est l'une des notions les plus fondamentales du droit fiscal international. Les normes de droit interne, dont les effets peuvent être internationaux, constituent avec les normes contenues dans les traités bilatéraux ou multilatéraux, le droit fiscal international d'un Etat²⁹².

Pour la Suisse, les sources du droit fiscal international sont issues des normes de droit fiscal interne, des conventions de double imposition et accords annexes conclus par la Confédération, voire certains cantons, avec des Etats étrangers, de la doctrine et de la jurisprudence.

Les conventions de double imposition ont notamment pour objet de délimiter la souveraineté fiscale des Etats contractants, en définissant la mesure dans laquelle ces Etats doivent renoncer aux compétences qu'ils exercent en matière fiscale²⁹³. On parle de l'effet négatif des conventions.

²⁹¹ Rivier, *Droit fiscal international*, p. 31 ss.

²⁹² «Conçu au sens large, le droit fiscal international comprend ainsi l'ensemble des règles de conflits et des normes de droit fiscal matériel qui s'appliquent à des états de fait internationaux. que ces règles trouvent leurs sources dans le droit public interne ou dans le droit international public (Knechtle, *Grundfragen des internationalen Steuerrechts*, p. 15)», Rivier, *Droit fiscal international*, p. 32.

²⁹³ River, *Droit fiscal international*, p. 102 ss.

Dans le cadre de la présente thèse nous nous limiterons à l'examen de la Convention de double imposition conclue par la Suisse avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, (CDI – RU), des 30 septembre 1954 et 8 décembre 1977 (RS 0.672.936.711 et 712).

5.2 Les notions de «personne», de «résident» et de «bénéficiaire effectif» en matière de trust

Les notions de «personne», «résident» et «bénéficiaire effectif» représentent les clés d'accès aux avantages contenus dans les conventions de double imposition. Il s'agit dès lors de rechercher, dans le cadre des relations trustales, où il y a convergence entre la notion conventionnelle et le rôle assumé par les intervenants respectifs.

5.2.1 La notion de personne

Conformément à l'art. 3 de la convention modèle OCDE en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, datant de mars 1977, révisée en 1992 et 1994, le terme «personne» comprend les personnes physiques, les sociétés et tout autre groupement de personnes au rang desquels il y a lieu de compter le trust²⁹⁴.

La convention passée avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, quant à elle, désigne sous le terme de «personne» toute personne physique, toute société, tout groupement de personnes sans personnalité juridique et toute autre entité avec ou sans personnalité juridique, par quoi il faut entendre, notamment, les trusts²⁹⁵.

Le trust étant reconnu comme personne au sens conventionnel, il convient encore d'analyser la notion de «résident» et de «bénéficiaire effectif» dans le contexte trustal.

²⁹⁴ Ryser, *Rapports de trust et conventions préventives de double imposition*, p. 355.

²⁹⁵ CDI - RU art. 3 (1) e): «Le terme «personne» comprend toute personne physique, toute société, tout groupement de personnes sans personnalité juridique et toute autre entité avec ou sans personnalité juridique».

5.2.2 La notion de «résident» appliquée au trust, respectivement au(x) trustee(s)

Précisons ici à titre liminaire que la loi déclarée applicable au trust (statut trustal) implique la reconnaissance du trust en tant qu'entité juridique. En revanche, elle ne détermine pas le rattachement fiscal du trust à une souveraineté fiscale donnée²⁹⁶. Le rattachement fiscal, notamment le rattachement fiscal illimité, relève de la résidence (domicile ou séjour) d'un sujet fiscal, en l'occurrence du trust, respectivement du ou des trustees, sur le territoire d'un Etat.

Les auteurs du rapport OCDE de 1989 notent toutefois que les pays de Common Law n'ont pas édicté de critères spécifiques communs pour définir le rattachement fiscal du trust, respectivement du ou des trustees à une juridiction fiscale donnée. Au contraire, les critères sont variés:

- Résidence du trustee (dans le périmètre de la souveraineté fiscale), durant l'année fiscale retenue, ou administration et contrôle du patrimoine en trust localisés dans le périmètre de la souveraineté fiscale (Australie);
- Administration et contrôle, voire majeure partie de l'administration et du contrôle du patrimoine en trust dans le périmètre de l'Etat souverain, (Canada);
- Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne a opté pour des critères spécifiques, à savoir la résidence sur le territoire de Grande-Bretagne de tous les trustees. Si aucun trustee n'est résident du Royaume-Uni, il n'y a donc pas de rattachement fiscal du trust pour l'impôt sur le revenu. Si les trustees sont en partie résidents du Royaume-Uni et en partie résidents à l'extérieur des frontières du Royaume-Uni, le trust est sujet fiscal pour les impôts sur le revenu, dans la mesure où le constituant était résident du Royaume-Uni au moment de la constitution du trust^{297, 298, 299, 300}.

²⁹⁶ «The proper law of the trust played no part in any of the Canadian, United Kingdom or United States decisions. In the United States case, the trust was alien, being governed by English law and the only issue was what is its residence. In practice, the Internal Revenue Service attributes no weight to the alien status of the trust in determining its residence. In the Canadian and English cases, the proper law did not prevent the finding of non-residence», Rapport OCDE, 1989, p. 382.

²⁹⁷ Rapport OCDE, 1989, p. 379-384.

²⁹⁸ Ryser, *Rapports de trust et conventions préventives de la double imposition*, p. 350, note marginale 2.

²⁹⁹ Locher, *Handbuch und Praxis der schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen, Einkommens und Erbschaftssteuern*, 1957, p. 66-67, notes 83 et 84 (ci-après cité «Handbuch»).

³⁰⁰ Notons encore, pour être complet, qu'au Royaume-Uni les critères de résidence, d'administration et de contrôle ont une portée interprétative différente selon qu'il s'agit de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les gains en capital. Pour l'accès aux avantages contenus dans une convention, c'est

Le Code civil suisse et la législation fiscale suisse ignorant le trust, et l'art. 150 LDIP ne constituant qu'une norme de reconnaissance, un trust valablement constitué à l'étranger (statut trustal) et dont la majorité des trustees se trouveraient être résidents en Suisse n'en devient pas pour autant contribuable de manière illimitée en Suisse, et, dès lors, résident au sens conventionnel.

Il en résulte que, en l'absence d'une norme fiscale expresse de droit interne reconnaissant le trust comme une entité juridique autonome et comme un sujet fiscal propre, il ne saurait y avoir de rattachement fiscal personnel du trust à la souveraineté fiscale suisse, ceci d'autant moins que la pratique fiscale actuelle s'accorde pour n'attribuer au trustee qu'un rôle purement fiduciaire.

Il en résulte que, en matière conventionnelle, l'effet des conventions de double imposition conclues par la Suisse ne peut être qu'unilatéral, c'est-à-dire que seuls les trusts valablement constitués à l'étranger et assujettis de manière illimitée (pour les impôts directs sur le revenu et la fortune) à la souveraineté fiscale de l'Etat cocontractant, auront accès aux avantages contenus dans les conventions de double imposition conclues par la Suisse^{301. 302}.

5.2.3 La notion de «bénéficiaire effectif»

L'accès aux avantages contenus dans les conventions de double imposition, notamment le dégrèvement ou la réduction de l'impôt à la source prélevé sur les revenus dont l'origine se trouve dans l'Etat cocontractant, exige du requérant qu'il soit non seulement résident, c'est-à-dire assujetti de manière illimitée aux impôts directs de l'autre Etat, mais qu'il soit aussi le bénéficiaire effectif du revenu, à savoir que ledit revenu lui soit fiscalement imputé³⁰³.

l'assujettissement illimité aux impôts directs (revenu, fortune) qui est déterminant, de telle sorte que même des trustees résidant à l'étranger, avec l'effet que le trust devient non résident pour les impôts sur les gains en capital, mais reste imposable au titre du revenu, peuvent avoir accès aux avantages contenus dans la convention de double imposition. Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1999, vol. 26 n° 5, 6 et 8.

³⁰¹ Ryser, *Rapports de trust et conventions préventives de double imposition*, p. 351.

³⁰² Nous n'excluons pas, en revanche, un rattachement économique du trust étranger à la souveraineté fiscale suisse, par exemple au travers de l'impôt anticipé prélevé sur les revenus de source suisse du trust étranger.

³⁰³ Il n'y a pas de définition conventionnelle de la notion de bénéficiaire, «beneficial ownership». Rapport OCDE, 1989, p. 390-391, c'est le contenu du droit national qui est déterminant.

La notion a été étayée, sur le plan national, dans le cadre de l'application de l'article 21 al. 1a LIA,

Cette notion de bénéficiaire effectif se retrouve expressément aux art. 10 (dividendes), 11 (intérêts), 12 (redevances) de la convention de double imposition conclue par la Suisse avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne. Elle n'a pas reçu de définition conventionnelle; c'est le contenu du droit national qui est déterminant. En droit suisse, la notion de «bénéficiaire effectif» a été définie par la pratique (jurisprudence) élaborée dans le cadre de l'article 21 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA):

Il s'agit du contribuable auquel le revenu est effectivement attribué, et donc fiscalement imputable.

En matière de trust, il conviendra d'examiner qui, du trust (respectivement des trustees) ou du bénéficiaire, est le bénéficiaire effectif du revenu distribué, à savoir à qui, du trust, respectivement des trustees ou du bénéficiaire, les revenus du trust peuvent être fiscalement imputés.

La réponse variera selon qu'il s'agit d'un *fixed interest trust* ou d'un *discretionary trust*:

Dans l'hypothèse du *fixed interest trust*, le bénéficiaire du revenu trustal dispose d'une créance. Le revenu trustal lui sera dès lors fiscalement imputé, il en est le bénéficiaire effectif, voir 4.1.2.1 ci-devant.

Dans tous les cas où le bénéficiaire est réputé disposer d'une créance, il pourra faire valoir, au prorata de sa part, les dégrèvements conventionnels spécifiques selon l'identité originaire du revenu trustal distribué (dividendes, intérêts, redevances)³⁰⁴.

D'une manière générale, le revenu trustal distribué de manière récurrente (*fixed interest trust* et notamment, *life interest trust*) est imposable en mains du bénéficiaire et garde son identité originaire: «*The United States follow the principle that trust income distributable to a non resident alien beneficiary retains in his hands the same identity as to source and character as the income possessed in the hands of the fiduciary*». Locher, *Handbuch*, C – Art. XV (1) (a) (4). Le trust est un «conduit».

Le même principe s'applique en Grande-Bretagne: «*A life tenant is treated as deriving his or her interest from the underlying source held by the trustees*»³⁰⁵.

Il en résulte que, dans la mesure où la retenue à la source frappe des revenus provenant de l'Etat de résidence du trust, le bénéficiaire-crédancier résident en Suisse pourra se prévaloir des règles de dégrèvement contenues dans la convention de double

et la jurisprudence élaborée en la matière sert de référence dans la mise en œuvre des conventions de double imposition conclues par la Suisse, Pfund/Zwahlen, notes 2.19 à 2.32 ad art. 21 LIA; voir aussi du Toit, p. 145-150, notamment p. 146.

³⁰⁴ Locher, *Handbuch*, p. 140-141, note 174 et A, III, 1 (20) et A, III, 1 (34); Bellstedt, p. 824.

³⁰⁵ Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1995, vol. 26 n° 6, p. 16 ss.

imposition conclue entre la Suisse et l'Etat de résidence du trust. Il pourra aussi invoquer la convention de double imposition conclue entre la Suisse et l'Etat étranger de la source des revenus du trust pour obtenir un dégrèvement de l'impôt à la source prélevé par ledit Etat étranger.

Dans le cadre du *discretionary trust* voire du trust d'accumulation³⁰⁶, le revenu trustal est fiscalement imputé au trust, car le bénéficiaire ne dispose que d'une expectative, voir 4.1.2.2 ci-devant.

Ce sera le trustee en sa qualité de sujet fiscal substitué qui aura accès aux dégrèvements conventionnels.

5.3 La clause générale «des autres revenus» et l'effet transformateur du trust

La convention modèle de l'OCDE, et la plupart des conventions de double imposition conclues par la Suisse, contiennent une clause générale se référant aux revenus non expressément visés par la convention applicable. Ces revenus ne sont imposables que dans l'Etat de résidence du contribuable³⁰⁷.

La clause générale des autres revenus³⁰⁸ revêt toute son importance là où, en raison de l'imposition des revenus du trust au niveau du trust³⁰⁹, et en l'absence d'une requalification du revenu imposé (revenu requalifié en capital, en vertu de «l'effet transformateur» du trust), la Suisse devrait donner droit à une déduction de l'impôt étranger prélevé sur la même substance imposable³¹⁰ (imposition sur une base nette), voire exonérer le revenu étranger imposé. En revanche un impôt prélevé à la source dans un Etat tiers grèverait définitivement le revenu trustal, voir ci-après sous 5.4.2.2.

³⁰⁶ Nous l'avons vu plus haut sous 1.3.4. Le trust d'accumulation est une variante du *discretionary trust*.

³⁰⁷ Rivier, *Droit fiscal international*, p. 287 ss; Locher, *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, p. 453-454.

³⁰⁸ CDI - RU, art. 21.

³⁰⁹ C'est le cas chaque fois que les revenus sont accumulés (trust d'accumulation). Voir à ce sujet: Locher, *Handbuch*, p. 67, note 84; Rivier, *Droit fiscal international*, p. 290 avec les références au Message de la convention de double imposition conclue par la Suisse avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, FF 1978, I, p. 203 ss.

³¹⁰ Rivier, *Droit fiscal international*, p. 40 ch. 4, imposition du montant net. Voir aussi Locher, *Handbuch C-art. XV (1) (a) D*.

Dans le cadre spécifique de l'art. 21 (1) CDI-RU, le bénéficiaire, résident en Suisse, peut obtenir, sur demande, le remboursement de l'impôt prélevé en Grande-Bretagne sur les revenus de source étrangère (non britannique) du trust. S'agissant de revenus de source britannique (Etat de résidence du trust) le bénéficiaire, contribuable en Suisse peut obtenir un dégrèvement unilatéral en se fondant sur les dispositions de la convention applicable, selon la nature des revenus redistribués (dividendes, intérêts, royautés)³¹¹:

«La convention avec la Grande-Bretagne exclut toutefois de cette clause les revenus payés par un «trust». Cette exclusion ne revêt cependant de l'importance que pour les distributions effectuées par un «trust» dit discrétionnaire. Le fondateur d'un «trust» peut laisser le gérant («trustee») qui devient propriétaire de la fortune du «trust» libre d'utiliser les revenus provenant de la fortune du «trust» pour des contributions aux frais d'entretien, d'éducation ou d'études du ou des bénéficiaires, ou d'accumuler ces revenus (d'où la désignation de «accumulation or discretionary trusts»). Pour un tel «trust» discrétionnaire, les revenus provenant de la fortune du «trust» sont imposés intégralement en la personne du gérant. Les distributions éventuelles à des bénéficiaires sont considérées comme ayant supporté la totalité de l'impôt britannique sur le revenu; le bénéficiaire peut imputer cette charge antérieure sur son impôt personnel sur le revenu. Comme ces distributions effectuées par un «trust» discrétionnaire sont considérées comme des revenus «sui generis», elles tombent sous le coup de l'article 21 de la convention avec cette conséquence qu'un bénéficiaire qui est résident de Suisse pourrait demander le remboursement de la totalité de l'impôt britannique sans égard à la nature des revenus du «trust». L'exclusion stipulée à l'article 21, 1er alinéa, exonère ces revenus de ses impôts. En vertu d'une concession particulière, les autorités britanniques octroient toutefois au bénéficiaire un allègement unilatéral d'impôt: il peut en effet demander que l'on s'en remette à l'origine des sommes distribuées. Dans la mesure où des revenus étrangers ont été distribués, l'impôt britannique est entièrement remboursé; pour d'autres revenus le remboursement a lieu selon les dispositions applicables de la convention. Ces dégrèvements fiscaux pouvaient déjà être demandés conformément à la convention de 1954/1974. Rien n'est donc modifié à l'exonération fiscale en Suisse des revenus provenant d'un «trust» discrétionnaire.

³¹¹ Message CDI-RU ad. art. 21 dont est tirée la citation. Note marginale 298. Widmer, *Das neue Einkommenssteuerabkommen mit Grossbritannien*, Archives 47, p. 509.

Il en va différemment du bénéficiaire qui possède à l'égard du gérant, comme c'est le cas pour toutes les autres formes de «trust», une prétention certaine («absolute interest»). Dans ce cas, les autorités britanniques doivent s'en remettre, selon le droit fiscal britannique, à la nature des revenus qui reviennent au bénéficiaire (transparence ou «look through»). Le dégrèvement de l'impôt britannique sera toujours accordé au bénéficiaire qui est un résident de Suisse selon la disposition de la convention qu'il peut invoquer et qui est applicable aux revenus redistribués. L'exclusion de l'article 21, 1er alinéa, n'est ainsi pas applicable.»

5.4 Cas particuliers

5.4.1 Dégrèvement conventionnel d'impôts suisses³¹²

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la convention de double imposition conclue avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne reconnaît au trust la qualité de personne au sens conventionnel. En vue d'obtenir un dégrèvement conventionnel d'impôts suisses, le requérant devra encore apporter la double preuve de sa résidence dans l'autre Etat, soit de son assujettissement illimité aux impôts de l'Etat de sa résidence, et de sa qualité de bénéficiaire effectif des revenus distribués et imposés à la source.

Il résulte des considérations qui précèdent qu'un discretionary trust fiscalement résidant à l'étranger pourra obtenir le dégrèvement de l'impôt prélevé en Suisse sur les revenus du trust de source suisse.

En présence d'un fixed interest trust, seul le bénéficiaire auquel le revenu trustal est fiscalement imputé pourra requérir le dégrèvement de l'impôt prélevé sur les revenus de source suisse. Dans cette hypothèse, c'est la convention de double imposition conclue entre la Suisse et l'Etat de résidence du bénéficiaire qui est applicable³¹³.

³¹² Nous nous limiterons à l'impôt anticipé.

³¹³ Le revenu résultant d'un gain immobilier reste imposable en Suisse en vertu d'un droit d'imposition originaire du canton où se trouve sis l'immeuble, voire la société immobilière. D'une manière générale, et en vertu de la Lex Friedrich, il est peu probable qu'un trust étranger détienne en nom propre, ou au travers d'une société immobilière, des immeubles en Suisse. Au surplus nous renvoyons à la réserve que nous avons formulée sous chiffre 3.1.

5.4.2 Obtention du dégrèvement d'impôts étrangers par le bénéficiaire d'un trust étranger, résidant en Suisse

5.4.2.1 Imposition à la source effectuée par l'Etat de résidence du trust sur les distributions trustales générées dans l'Etat de résidence du trust

- *Fixed interest trust*: le bénéficiaire résidant en Suisse pourra invoquer la convention de double imposition conclue par la Suisse avec l'Etat de résidence du trust pour obtenir le dégrèvement de l'impôt à la source. L'identité originaires des revenus (dividendes, intérêts, royalties) déterminera la procédure à suivre et l'étendue du dégrèvement. Un éventuel impôt résiduel peut faire l'objet d'un crédit d'impôt par le biais d'une imputation forfaitaire d'impôt.
- *Discretionary trust*: il conviendra d'examiner si la convention de double imposition passée par la Suisse avec l'Etat de résidence du trust contient une clause générale sur les autres revenus. Si c'est le cas, le bénéficiaire résidant en Suisse pourra obtenir l'imposition des revenus du trust sur une base nette, voire l'exonération du revenu d'ores et déjà imposé. La question perd de son intérêt si le revenu du trust a fait l'objet d'une requalification en capital acceptée par l'autorité fiscale suisse qui, en principe, n'est pas liée par la qualification ou requalification par l'Etat de la source du revenu trustal.

5.4.2.2 Imposition à la source des revenus du trust par un Etat tiers qui n'est pas l'Etat de résidence du trust

- *Fixed interest trust*: le bénéficiaire résidant en Suisse, considéré comme le bénéficiaire effectif du revenu, pourra obtenir le remboursement de l'impôt à la source sur la base de la Convention fiscale liant l'Etat de la source et la Suisse.
- *Discretionary trust*: les trustees devraient pouvoir également récupérer l'impôt à la source, conformément à la convention de double imposition conclue entre le pays de la source et l'Etat de résidence du trust. A défaut, l'impôt à la source «étranger» grèverait définitivement le revenu trustal.

5.5 Impôt sur la fortune

La convention passée avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne se limite à l'impôt sur le revenu.

L'assimilation, sur un plan économique (non juridique), du bénéficiaire d'un fixed interest trust (et notamment du bénéficiaire d'un life interest trust ou life tenant) à l'usufruitier, permet d'imputer au bénéficiaire du trust, résidant en Suisse, au titre de l'impôt sur la fortune, la valeur capitalisée des revenus qu'il perçoit sur une base fixe et récurrente:

«Da, das Trustvermögen nach den materiellen Auswirkungen der Trustverhältnisse dem Begünstigten zu Gebote steht und als Quelle von Erträgen dient, muss es auch steuerrechtlich ihm zugerechnet werden. Für das Steuerrecht spielt es keine Rolle, dass der Beneficiary nominell nicht Eigentümer des Treugutes ist; kommt es doch weniger auf die bloss formelle Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses als vielmehr darauf an, dass der Beneficiary nach der Gesamtheit der Rechtsbeziehungen, die sich aus dem Trust ergeben, materiell als der eigentliche Berechtigte des Trustvermögens angesehen werden muss.

Ob, es dabei gerechtfertigt ist, ihn einem Eigentümer des kontinentalen Rechts gleichzustellen, kann für das Wehrsteuerrecht dahingestellt bleiben. Seine Rechtsstellung kommt zum mindestens derjenigen eines Nutzniessers gleich, so dass ihm bereits aus diesem Grund das Trustvermögen zuzurechnen ist.»^{314, 315}

En revanche, on ne saurait imputer au bénéficiaire d'un discretionary trust, au titre de l'impôt sur la fortune, une part du capital du discretionary trust. Le bénéficiaire du discretionary trust ne dispose que d'une expectative:

«Steht aber dem Beneficiary nur ein anwartschaftliches Recht auf das Trustvermögen zu – zum Beispiel weil neben oder nach ihm auch noch andere Personen am Trust berechtigt sind und nur nach deren Vorabsterben in den Besitz des Trustgutes gelangen kann –, so wäre das Trustvermögen einer derartigen, entsprechend dem neuen Wehropfer ausgestalteten Vermögenssteuer nicht unterworfen (vgl. BBE vom 18. Nov. 1949 i S.E. Sch., Archiv, Bd 18, S. 140)»³¹⁶.

³¹⁴ Locher, *Handbuch*, C - art. XV (1) b (3) (b)); à notre avis, le détour par une qualification de droit réel continental du bénéficiaire n'est pas nécessaire, la notion de fortune imposable étant une notion autonome du droit fiscal national (économique).

³¹⁵ Dans le même sens: arrêt de la Cour civile du canton de Vaud.

³¹⁶ Locher, *Handbuch*, C - art. XV (1) b (3) (c).

5.6 Impôt sur les successions

5.6.1 Interférence des concepts de droit privé et interférence des souverainetés fiscales

L'étroite corrélation entre le droit privé et le droit fiscal, caractéristique du domaine de l'impôt sur les successions³¹⁷, se double, sur le plan international, d'une interférence des concepts de droit privé nationaux et d'une interférence des critères de rattachement fiscal. Elle se heurte même, en l'absence d'une définition conventionnelle autonome, aux divergences nationales dans l'interprétation des critères de rattachement³¹⁸.

Rappelons que ce n'est pas le statut successoral, ni le statut d'ouverture de la succession, qui établit la souveraineté fiscale, même s'il arrive que statut successoral, statut d'ouverture de la succession, et rattachement fiscal recourent à un critère commun, tel que le dernier domicile du défunt.

5.6.2 Diversité des critères de rattachement fiscal et divergences nationales dans l'interprétation des critères de rattachement, en l'absence d'une définition conventionnelle autonome

A l'instar des impôts sur le revenu et des impôts sur la fortune, les impôts sur les successions (et sur les donations) établissent un assujettissement illimité en raison du rattachement personnel du défunt (du donateur) à un territoire donné, et un assujettissement limité en raison d'un rattachement réel ou économique (immeuble, certains meubles) à un territoire donné³¹⁹.

³¹⁷ Nous excluons délibérément de notre propos les impôts sur les donations. Bien que les conventions modèles OCDE 1966 et 1983 concernent les impôts de successions et les impôts de donations, la Suisse n'a conclu aucune convention de double imposition en matière d'impôts sur les donations.

³¹⁸ Ménétrey, *Impôts sur les successions et sur les donations: élimination de la double imposition internationale*, p. 609.

Rivier, *La succession en droit fiscal international*, p. 673-679.

³¹⁹ Zuppinger, *Die Erhebung der Erbschafts- und Schenkungssteuern im internationalen Verhältnis*, p. 291; Richner, *Das internationale Erbschaftssteuerrecht der Schweiz*, p. 137-144.

Le concours de souverainetés en matière d'impôts sur les successions, et, dès lors, l'imposition double voire multiple peut résulter de divers facteurs:

- diversité des critères retenus pour établir un assujettissement illimité: nationalité du défunt, dernier domicile du défunt;
- divergences nationales dans l'interprétation d'un critère de rattachement identique mais non défini conventionnellement, par exemple la notion ou le critère de domicile;
- adoption de critères divergents pour asseoir un assujettissement limité: actions d'une société localisées au siège de la société, dans l'Etat A ou à l'endroit où elles sont déposées, dans l'Etat B;
- concours d'un assujettissement illimité: dernier domicile du défunt dans l'Etat A et d'un assujettissement limité: actions localisées au siège de la société, dans l'Etat B³²⁰.

5.6.3 L'assujettissement à l'impôt sur les successions en Suisse

L'impôt sur les successions est affaire des cantons. Vingt-six législations cantonales établissent des critères d'assujettissement illimité, et d'assujettissement limité à la législation cantonale sur l'impôt sur les successions.

A l'exception des cantons du Tessin et de Zurich³²¹, les cantons suisses retiennent la présence sur le territoire cantonal du dernier domicile du défunt pour imposer l'ensemble de la succession nette du défunt, à l'exception des immeubles situés hors du territoire du canton³²².

Inversement, tous les cantons suisses assujettissent, de manière limitée, les immeubles situés sur le territoire cantonal voire certains biens meubles, d'une succession ouverte à l'étranger³²³.

³²⁰ Pour d'autres exemples: voir Rivier, *La succession en droit fiscal international*, p. 678 et 679.

³²¹ Rivier, *La succession en droit fiscal international*, p. 676 note marginale 13. Les cantons du Tessin et de Zurich lient l'assujettissement illimité à leur impôt sur les successions à l'ouverture de la succession sur le territoire cantonal (en général au dernier domicile du défunt) voir aussi *Steuerinformationen, Erbschafts- und Schenkungsteuer*, 1999.

³²² Rivier, *La succession en droit fiscal international*, p. 676 et les notes marginales 14 à 17.

³²³ Zuppinger, *Die Erhebung der Erbschafts- und Schenkungsteuern im internationalen Verhältnis*, p. 298, pour des exemples d'assujettissements limités aux impôts cantonaux sur les successions; voir aussi Richner, cité ci-dessus, note marginale 319.

5.6.4 La structure trustale et les conflits de souverainetés fiscales en matière d'impôts sur les successions; la convention passée avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne

Il est fréquent que des constituants de nationalité étrangère domiciliés en Suisse choisissent, dans le cadre de leur planification successorale, de soumettre leur succession à leur loi nationale, et de mettre en place une structure trustale, reçue dans le système juridique national³²⁴.

Les conflits de souverainetés fiscales en matière d'impôts sur les successions donnant lieu à une imposition double, voire multiple, ne résultent pas de la mise en place de la structure trustale. Ces conflits résultent de concours d'assujettissements illimités, ou limités résultant eux-mêmes de critères de rattachement différents, ou de critères de rattachement identiques subissant des interprétations divergentes, voire de l'application d'un critère identique unique à des identités imposables (contribuables) différentes.

La convention passée entre la Suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, du 12 juin 1956 (RS 0.672.936.72) vise à éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions et s'applique:

- aux successions des personnes domiciliées au moment de leur décès dans un Etat contractant ou dans les deux Etats contractants;
- aux biens acquis dans un acte de disposition («settlement») établi par une personne domiciliée, au moment de l'établissement de l'acte, dans un Etat contractant ou dans les deux Etats contractants.

L'article 1b) vise le traitement fiscal spécifique de droit anglais, réservé à la constitution d'un trust s'agissant des impôts sur les successions:

«The trustees will be subject to inheritance tax directly only where it is a discretionary settlement. The residence of the trust is not the material factor, but more importantly where the settlor was domiciled when the property was added and the situs of the assets held by the trustees at anytime. (IHTA, 1984, §48). A settlement created by a non UK domiciliary consisting of non UK assets is called an excluded property settlement. It is outside the scope of UK inheritance and gifts tax and will remain so until such time as a person becomes absolutely entitled

³²⁴ Option ouverte aux nationaux étrangers résidant en Suisse par l'article 91 al. 2 LDIP, voir 2.1.7 ci-dessus: cas du citoyen britannique qui choisit le droit anglais pour régir sa succession et met en place un trust testamentaire de droit anglais.

(IHTA, 1984, §81). *Care is needed where the settlor or spouse has an initial interest in possession, as the excluded property status of the trust will depend on their domicile status upon the trust becoming discretionary (IHTA, 1984, §80). Where a settlor is UK domiciled at the time he or she creates a settlement, then all funds come within the inheritance tax regime irrespective of whether they are provided before or after he or she ceases to become UK-domiciled.*»³²⁵.

Rappelons que la succession, «estate», précède la constitution proprement dite du trust testamentaire.

La Convention est fondée sur un régime dualiste combinant les principes de l'imposition au domicile ou au lieu de situation. Alors que la notion de domicile fiscal est définie nationalement (article 4), la Convention définit les critères de localisation des biens (articles 5, 6, 7). En l'absence de règle conventionnelle, chacun des Etats impose les biens se trouvant sur son territoire selon sa législation interne, (article 8). La Grande-Bretagne atténue les doubles impositions en imputant sur l'impôt anglais l'impôt suisse prélevé sur la même substance, et la Suisse applique la méthode de l'exemption sous réserve de progression (article 9).

Nous renonçons à étendre le contenu de la présente thèse à une présentation détaillée des impôts sur les successions de droit anglais frappant la mise en place d'une structure trustale de droit anglais. Qu'il suffise ici de retenir les principes suivants qui affectent les trusts fiscalement résidant sur le territoire du Royaume-Uni:

- *Fixed interest trust ou interest in possession trust*: l'extinction de l'intérêt in possession du bénéficiaire est assimilé à un transfert de la part de patrimoine sur lequel s'exerçait l'intérêt in possession, les exceptions sont nombreuses³²⁶.
L'assimilation du bénéficiaire d'un fixed interest trust, notamment du bénéficiaire d'un life interest, à un usufruitier, a en revanche pour effet, en droit fiscal suisse, que l'extinction de «l'interest in possession», par exemple à la suite du décès du bénéficiaire, ne conduit pas à une imposition au titre de l'impôt sur les successions en droit fiscal suisse
- *Discretionary trust*: la constitution d'un discretionary trust conduit au prélèvement d'un impôt sur les donations voire sur les successions. De plus, il est prélevé un impôt sur les successions sur un transfert fictif: «*the ten-year anniversary charge*»; l'impôt est prélevé sur la valeur du patrimoine concerné (comprend tout le

³²⁵ Wisdell, *Tax Planning International Review*, 1999, vol. 26, n° 6, p. 17; dans le même sens: Walters, *European Taxation*, 1991, p. 382 ss; Tolley's, *UK taxation of trusts*, 6th edition, p. 75 ss.

³²⁶ Voir Tolleys, *UK taxation of trusts*, p. 79 ss.

patrimoine qui ne fait pas l'objet d'un fixed interest) immédiatement avant la date d'anniversaire: «*The amount which will bear the ten-year charge is the value of all relevant property contained in the settlement immediately before the anniversary*»³²⁷.

- *Accumulation and maintenance trusts*: comme dans le cadre du fixed interest trust, c'est l'extinction de «l'interest in possession» du bénéficiaire, si tant est que le bénéficiaire en devient titulaire, qui ouvre le droit au prélèvement d'un impôt sur les successions.

La constitution par un settlor résident de Grande-Bretagne d'un fixed interest trust et la constitution d'un discretionary trust sous la forme d'un «accumulation and maintenance trust» est qualifiée de «potentially exempt transfer» et, en cette qualité, ne donne pas droit au prélèvement d'un impôt sur les successions, à moins que le settlor ne décède dans les sept années qui suivent la constitution du trust.

Toute constitution de trust (fixed interest trust, discretionary trust, accumulation and maintenance trust) entraîne, en revanche, un impôt sur le gain en capital réputé réalisé au moment de la constitution d'un patrimoine en trust.

En résumé, les très brèves considérations qui précèdent confirment l'observation que nous avons formulée précédemment: ce n'est pas tant la constitution du trust que l'ouverture d'une succession, avec les conflits de qualification que celle-ci entraîne, qui est à l'origine d'éventuelles impositions doubles ou multiples à l'occasion du décès d'une personne domicilié dans l'un ou l'autre des Etats contractant ou dans les deux.

Dans le cas de la Grande-Bretagne et de la Suisse, la Convention des 12 juin 1956 et 23 février 1994 a pour effet de mitiger mais non d'éliminer les doubles impositions par un jeu de règles conventionnelles de localisations des biens et de crédit d'impôt.

³²⁷ Tolleys, *UK taxation of trusts*, p. 91 ss.

VI. CONCLUSIONS

Le trust (de droit anglais) n'a pas été reçu dans le droit civil suisse.

Issu d'un système juridique (Common law et Equity) totalement étranger au système juridique continental, le trust ne saurait, sur un plan conceptuel, trouver un pendant dans notre système juridique.

Nous partageons l'avis de la doctrine dominante, à savoir qu'une réception du trust ne s'impose pas en droit suisse.

L'article 150 LDIP, qui fonde la reconnaissance du trust valablement constitué à l'étranger, comme un patrimoine organisé, ne se prononce pas sur les effets d'une telle reconnaissance. Il en résulte qu'une approche comparative, fonctionnelle, s'impose lorsqu'il y a lieu d'intégrer le trust dans le système juridique suisse en vue de porter une appréciation fiscale sur les effets patrimoniaux résultant de la mise en place et de la mise en œuvre d'un trust.

L'article 150 LDIP offre une plateforme de qualification du trust express privé de droit anglais. Au-delà d'une approche structurelle, ou, plus précisément, au travers de l'approche structurelle de l'article 150 LDIP, il est permis de conclure à une approche comparative, fonctionnelle, notamment avec la fondation de droit suisse.

A l'instar de la fondation, le trust constitue un «patrimoine organisé» et affecté, séparé du patrimoine personnel du constituant et du trustee. La structure trustale en sa qualité de «patrimoine organisé» est doublée d'une stipulation pour autrui,

- parfaite, dans le cadre du fixed interest trust où le bénéficiaire dispose d'une véritable créance à l'égard du trustee, renforcée d'un droit de suite. Le bénéficiaire peut alors être qualifié de bénéficiaire-créancier;
- imparfaite, dans le cadre du discretionary trust, où le bénéficiaire n'a qu'une expectative voire qu'une simple attente, et doit être qualifié de bénéficiaire-expectatif.

Si une réception du trust en droit suisse ne s'impose pas, il serait en revanche souhaitable, eu égard à l'internationalisation croissante des rapports économiques et juridiques, que le législateur suisse élabore «une institution analogue».

Celle-ci pourrait prendre corps au travers d'une fiducie renouvelée, dont les contours ont été définis par Thévenoz, et au travers de l'élargissement du but de la fondation de famille.

En l'absence de réception du trust dans le système juridique suisse, les intervenants dans la structure trustale (constituant, bénéficiaire et trustee assujettis de manière illimitée à la souveraineté fiscale suisse), constituent les vecteurs de la fiscalité des

relations trustales en droit fiscal suisse. Une imposition illimitée du trust en qualité de patrimoine séparé et autonome serait, de lege lata, contraire au principe de la légalité de l'imposition.

Dans le cadre du processus d'application de la norme fiscale, une interprétation de la norme s'impose pour savoir si elle est applicable aux effets patrimoniaux résultant de la structure trustale.

L'interprétation de la norme fiscale doit être autonome, à notre avis. Une telle interprétation, sans verser dans un «courant utilitariste», se fondera sur la réalité économique de la structure trustale lorsque la norme fiscale définit l'objet de l'impôt à partir de concepts économiques (revenu) ou à mi-chemin entre le concept économique et le concept de droit privé (fortune), et se fondera sur la réalité juridique du trust lorsque la norme fiscale définit l'objet de l'impôt en se basant sur des concepts ou des institutions du droit privé (donation, fondation).

La concordance de la réalité économique, voire de la réalité juridique, de la structure trustale avec l'état de fait abstrait de la norme applicable et la concrétisation des principes de la réalisation et de l'attribution en la personne du contribuable (constituant, bénéficiaire, trustee) détermine la naissance de la créance fiscale.

Ce n'est qu'au travers de l'élaboration législative d'une «institution analogue» dans le cadre du droit privé et du droit fiscal que peut s'envisager, par extension normative, la reconnaissance du trust comme sujet fiscal.

Cette «institution analogue» qu'il sied au législateur de créer permettra à la Suisse de ratifier la Convention de la Haye, et aura pour effet de donner un véritable effet bilatéral aux conventions préventives de double imposition conclues par la Suisse avec des Etats connaissant la structure trustale.

Cette ouverture législative doterait le système juridique suisse d'un instrument permettant au praticien de mettre en œuvre des structures de planification patrimoniales mieux adaptées à la mobilité accrue des citoyens et à l'internationalisation de leurs relations patrimoniales.

Annexes

Hague Conference on private international law Conférence de la Haye de droit international privé

CONVENTION RELATIVE À LOI APPLICABLE AU TRUST ET À SA RECONNAISSANCE (Conclue le premier juillet 1985)

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

Article premier

La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

Article 2

Aux fins de la présente Convention, le terme «trust»; vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a. les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;

- b. le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
- c. le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 3

La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

Article 4

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee.

Article 5

La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

Article 6

Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

- a. du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;
- b. de la situation des biens du trust;
- c. de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee;
- d. des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

Cette loi régit notamment:

- a. la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee;
- b. les droits et obligations des trustees entre eux;
- c. le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d. les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e. les pouvoirs du trustee de faire des investissements;
- f. les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;
- g. les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires;
- h. la modification ou la cessation du trust;
- i. la répartition des biens du trust;
- j. l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10

La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE

Article 11

Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust.

La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment:

- a. que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust;
- b. que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c. que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee;
- d. que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé.

Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12

Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a. la protection des mineurs et des incapables;
- b. les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c. les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d. le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e. la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f. la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17

Au sens de la Convention, le terme «loi»; désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Article 20

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21

Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22

La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé. Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25

La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 26

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contactants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a. pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

- b. pour tout Etat adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;
- c. pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

Article 31

Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28:

- a. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27;
- b. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30;
- c. les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28;
- d. les extensions visées à l'article 29;
- e. les déclarations visées à l'article 20;
- f. les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26;
- g. les dénonciations visées à l'article 31.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le premier juillet 1985, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

Specimen Fixed Interest Settlement¹

SETTLEMENT

DATE: 199[]

PARTIES:

- (1) [] (the ‘**Settlor**’); and
(2) [] (the ‘**Trustees**’).

RECITALS

- (A) The Settlor wishes to make this Settlement and has transferred or delivered to the Trustees or otherwise placed under their control the property specified in the Schedule. Further money, investments or other property may be paid or transferred to the Trustees by way of addition.
- (B) It is intended that this Settlement shall be irrevocable.

PART 1 – OPERATIVE PROVISIONS

1. Definitions and construction

In this Deed, where the context admits, the following definitions and rules of construction shall apply.

1.1 The ‘**Trust Fund**’ shall mean:

- (1) the property specified in the Schedule;
- (2) all money, investments or other property paid or transferred by any person to, or so as to be under the control of, and, in either case, accepted by the Trustees as additions;
- (3) all accumulations (if any) of income added to the Trust Fund; and
- (4) the money, investments and property from time to time representing the above.

¹ Ce modèle est tiré de *Practical Trust Precedents*, Sweet & Maxwell, 1998.

- 1.2 The **'Trust Period'** shall mean the period ending on the earlier of:
 - (1) the last day of the period of 80 years from the date of this Deed, which period, and no other, shall be the applicable perpetuity period; and
 - (2) such date as the Trustees shall at any time specify by deed, not being a date earlier than the date of execution of such deed or later than a date previously specified.
- 1.3 The **'Life Tenant'** shall mean [].
- 1.4 **'Beneficiary'** shall mean any person actually or prospectively entitled to any share or interest in the capital or income of the Trust Fund.
- 1.5 **'interest in possession'** shall have the meaning it has for the purposes of s 71 of the Inheritance Tax Act 1984.
- 1.6 The expression **'the Trustees'** shall include the trustees for the time being of this Trust.
- 1.7 References to the children, grandchildren and issue of any person shall include his children, grandchildren and remoter issue, whether legitimate, legitimated [, illegitimate] or adopted [, but shall exclude any illegitimate person and his descendants].
- 1.8 Words denoting the singular shall include the plural and vice versa.
- 1.9 Words denoting any gender shall include both the other genders.
- 1.10 References to any statutory provision shall include any statutory modification to or re-enactment of such provision.
- 1.11 The table of contents and clause headings are included for reference only and shall not affect the interpretation of this Deed.

2. **Power to receive additional property**

The Trustees may, at any time during the Trust Period, accept additional money, investments or other property, of whatever nature and wherever situate, paid or transferred to them by the Settlor or any other person. Such additional money, investments or other property shall, subject to any contrary direction, be held upon the trusts and with and subject to the powers and provisions of this Deed.

3. Life interest trusts

- 3.1 The Trustees shall hold the Trust Fund upon trust to pay the income to the Life Tenant during [his/her] lifetime.
- 3.2 The Trustees may, at any time during the Trust Period, pay or apply the whole or any part of the Trust Fund in which the Life Tenant is then entitled to an interest in possession to [him/her] or for [his/her] advancement or otherwise for [his/her] benefit in such manner as the Trustees shall in their discretion think fit. In exercising the powers conferred by this sub-clause, the Trustees shall be entitled to have regard solely to the interests of the Life Tenant and to disregard all other interests or potential interests in the Trust Fund.
- 3.3 The Life Tenant shall have power to appoint to [his/her] spouse a life or lesser interest (including an interest terminable by the Trustees at any time) in the income of all or any part of the Trust Fund. The Life Tenant may make the commencement of such interest dependent upon conditions as to survivorship or otherwise as [he/she] shall in [his/her] absolute discretion determine [and [he/she] may confer on the Trustees the same power for the benefit of [his/her] spouse as they have under sub-clause 3.2 for [his/her] benefit]. Any appointment under this sub-clause shall comply with clause 6 and no such appointment shall be valid unless, at the date it takes effect, the Life Tenant is entitled to an interest in possession in the Trust Fund or the part of the Trust Fund to which the appointment relates.

4. Trusts of capital following life interest

- The provisions of this clause shall apply subject to the provisions of clause 3.1 (and to any exercise of the powers conferred by sub-clauses 3.2 and 3.3).
- 4.1 The capital and income of the Trust Fund shall be held upon trust for or for the benefit of such of the children and remoter issue of the Life Tenant, at such ages or times, in such shares, upon such trusts (which may include discretionary or protective powers or trusts) and in such manner generally as the Life Tenant shall appoint. Any appointment under this sub-clause shall comply with clause 6.

- 4.2 Any trusts and powers created by an appointment under sub-clause 4.1 may be delegated to any extent to any person, whether or not including the Trustees or any of them.
- 4.3 Subject as above, the capital and income of the Trust Fund shall be held upon trust for such of the children of the Life Tenant as attain the age of 25 before the end of the Trust Period, or are living and are under that age at the end of the Trust Period, and, if more than one, in equal shares absolutely.

5. Ultimate default trusts

In the event of the failure or determination of the above trusts, the capital and income of the Trust Fund shall be held upon trust for [] absolutely.

6. Manner of exercise of powers of appointment

The exercise of the powers of appointment conferred by sub-clauses 3.3 and 4.1 shall:

- 6.1 be subject to the application, if any, of the rule against perpetuities and the law concerning excessive accumulations of income; and
- 6.2 be by deed, revocable during the Trust Period or irrevocable, executed during the Trust Period, or by will or codicil taking effect during the Trust Period.

7. Administrative powers

The Trustees shall, in addition and without prejudice to all statutory powers, have the powers and immunities set out in Part 2 of this Deed. No power conferred on the Trustees shall be exercised so as to conflict with the beneficial provisions of this Deed.

8. Extended power of maintenance

The statutory provisions for maintenance and education shall apply, but so that the power of maintenance shall be exercisable in the discretion of the Trustees and free from the obligation to apply part only of the income for maintenance where other income is available.

9. Extended power of advancement

The statutory provisions for advancement shall apply, but so that the power of advancement shall extend to the whole, rather than one half, of the share or interest of the person for whose benefit the advancement is made.

10. Appointment of new trustees

10.1 During the lifetime of the Settlor, the power of appointing new trustees shall be vested in the Settlor.

10.2 A person may be appointed to be a trustee notwithstanding that such person is not resident in the United Kingdom. Remaining out of the United Kingdom for more than 12 months shall not be a ground for the removal of a trustee.

11. Proper law, forum and place of administration

11.1 The proper law of this Trust shall be that of England and Wales. All rights under this Deed and its construction and effect shall be subject to the jurisdiction of the courts, and construed according to the laws, of England and Wales.

11.2 The courts of England and Wales shall be the forum for the administration of these trusts.

11.3 The provisions of this sub-clause shall apply notwithstanding the provisions of sub-clauses 11.1 and 11.2,

(1) The Trustees shall have power, subject to the application (if any) of the rule against perpetuities, to carry on the general administration of these trusts in any jurisdiction in the world. This power shall be exercisable whether or not such jurisdiction is for the time being the proper law of this Trust or the courts of such jurisdiction are for the time being the forum for the administration of these trusts, and whether or not the Trustees or any of them are for the time being resident or domiciled in, or otherwise connected with, such jurisdiction.

(2) [The Trustees may at any time declare in writing that, from the date of such declaration, the proper law of this Trust shall be that of any specified jurisdiction. No exercise of this power shall be effective unless the law of the jurisdiction specified is one

under which this Trust remains irrevocable and all, or substantially all, of the trusts, powers and provisions contained in this Deed remain enforceable and capable of being exercised and so taking effect.

- (3) Following any exercise of the power contained in sub-clause 11.3(b), the Trustees shall by deed make such consequential alterations or additions to this Deed as they consider necessary or desirable to ensure that, so far as may be possible, the trusts, powers and provisions of this Deed shall be as valid and effective as they were immediately prior to such change.
- (4) The Trustees may, at any time, declare in writing that, from the date of such declaration, the forum for the administration of these trusts shall be the courts of any specified jurisdiction.]

12. Exclusion of Settlor and spouse

- 12.1 No discretion or power conferred on the Trustees or any other person by this Deed or by law shall be exercised, and no provision of this Deed shall operate directly or indirectly, so as to cause or permit any part of the capital or income of the Trust Fund to become in any way payable to or applicable for the benefit of the Settlor or any person who shall previously have added property to the Trust Fund or the spouse for the time being of the Settlor or any such person.
- 12.2 The provisions of sub-clause 12.1 shall not preclude the Settlor or any such person from exercising any statutory right to claim reimbursement from the Trustees for any income tax or capital gains tax paid by him in respect of income arising to the Trustees or capital gains realised or deemed or treated as realised by them.
- 12.3 Subject to sub-clause 12.2, the prohibition in this clause shall apply notwithstanding anything else contained or implied in this Deed.

13. Exclusion of Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996, s 11(1)

Section 11(1) (trustees' duty to consult beneficiaries) of the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 shall not apply to the trusts contained in this Deed.

PART 2 – ADMINISTRATIVE PROVISIONS

14. Power of investment

- 14.1 The Trustees may apply any money to be invested in the purchase or acquisition (either alone or jointly with other persons) of such property, of whatever nature and wherever situate and whether of a wasting nature, involving liabilities or producing income or not, or in making such loans with or without security, as they think fit so that they shall have the same powers to apply money to be invested as if they were an absolute beneficial owner.
- 14.2 The Trustees may exchange property for other property on such terms as they think fit.
- 14.3 The Trustees shall not be required to diversify the investment of the Trust Fund.

15. Power to lend

The Trustees may lend all or any part of the Trust Fund to any Beneficiary on such terms (whether or not including provision for the payment of interest) as the Trustees think fit.

16. Power to borrow

The Trustees may borrow on the security of all or any part of the Trust Fund or otherwise for any purpose.

17. Power to give guarantees

The Trustees may guarantee the payment of money and the performance of obligations by any Beneficiary or by any company in which the Trust Fund is invested and may charge all or any part of the Trust Fund in support of such guarantee.

18. Power of management

The Trustees shall have all the powers of an absolute beneficial owner in relation to the management and administration of the Trust Fund.

19. Powers in relation to land and chattels

19.1 The Trustees shall have all the powers of an absolute beneficial owner in relation to the disposition, development and improvement of any land comprised in the Trust Fund.

19.2 The Trustees shall not be bound to maintain any building or other structure on land comprised in the Trust Fund or to preserve or repair any chattels comprised in the Trust Fund.

20. Power to permit enjoyment of trust property

The Trustees may permit any Beneficiary to occupy or enjoy all or any part of the Trust Fund on such terms as they think fit.

21. Power to insure property

The Trustees may insure all or any part of the Trust Fund against any risk, for any amount and on such terms as they think fit but shall not be bound to do so.

22. Powers in relation to life insurance policies

The Trustees may apply all or any part of the Trust Fund in purchasing or maintaining any policy of insurance on the life of any person and shall have all the powers of an absolute beneficial owner in relation to any such policy.

23. Power to trade

23.1 The Trustees may trade either alone or in partnership and may exercise all or any of the powers conferred on them by this Trust in connection with such trade.

23.2 The Trustees shall be entitled to be indemnified out of the Trust Fund against all liability to which they may be subject in connection with such trade.

24. Power to promote companies

The Trustees may incorporate any company in any part of the world for any purpose in connection with this Trust.

25. Powers in relation to companies

- 25.1 The Trustees may enter into any compromise or arrangement in relation to any company in which the Trust Fund is invested.
- 25.2 The Trustees may enter into any arrangements in relation to the winding up or liquidation of any company in which the Trust Fund is invested.
- 25.3 The Trustees shall not be bound to enquire into or be involved in the management of any company in which the Trust Fund is invested unless they have knowledge of circumstances which call for enquiry.

26. Exclusion of apportionment

The statutory and equitable rules of apportionment shall not apply to this Trust or to any interest created under this Trust. The Trustees may treat all dividends and other payments in the nature of income received by them as income at the date of receipt irrespective of the period for which the dividend or other income is payable.

27. Power of appropriation

The Trustees may appropriate all or any part of the Trust Fund as they think fit in or towards satisfaction of the interest of any Beneficiary and may for such purpose place such value on any property as they think fit.

28. Powers in relation to minors

- 28.1 The Trustees may pay or transfer any assets comprised in, or any income of, the Trust Fund to the parent or guardian of any minor who is beneficially entitled to such assets or income, and the receipt of such parent or guardian, or of the minor, shall be a full discharge to the Trustees.
- 28.2 The parent or guardian of a minor shall in respect of any assets or income received in accordance with this clause have the powers conferred on the Trustees by Part 2 of this Deed.

29. Payments to charities

The Trustees may pay or transfer any assets comprised in, or any income of, the Trust Fund to the person who purports to be the treasurer or other appropriate officer of any charity which is entitled to such assets or income, and the receipt of such person shall be a full discharge to the Trustees.

30. Power to appoint agents

The Trustees may employ and pay at the expense of the Trust Fund any agent in any part of the world to transact any business in connection with this Trust without being responsible for the fraud, dishonesty or negligence of such agent if employed in good faith.

31. Power to employ nominees

The Trustees may hold all or any part of the Trust Fund in the name of one or more of the Trustees, or of any other person or partnership, as nominee on such terms as the Trustees think fit.

32. Powers to delegate

32.1 The Trustees may engage any person or partnership as investment adviser to advise them on the investment of all or any part of the Trust Fund and they may, without being liable for any consequent loss, delegate to such investment adviser discretion to manage investments on such terms as the Trustees think fit.

32.2 The Trustees may, without being liable for any consequent loss, delegate to any person the operation of any bank, building society or other account.

32.3 Any trustee may, by deed revocable or irrevocable, delegate to another trustee or any other person the exercise of all or any trusts and powers conferred on such trustee (other than the power of delegation conferred by this sub-clause) notwithstanding the fiduciary nature of such trusts and powers.

33. Power to give indemnities and other commitments

33.1 The Trustees may indemnify any person in respect of any liability relating to this Trust and may charge all or any part of the Trust Fund in connection with such indemnity in such manner as they think fit.

33.2 The Trustees may enter into any agreement or give any commitment that they think fit relating to the transfer or sale of any business or company in which the Trust Fund is invested.

34. Trustee charging

- 34.1 A trustee which is a trust corporation or company authorised to undertake trust business shall be entitled to remuneration in accordance with its published terms for trust business in force from time to time and, in the absence of published terms, in accordance with such terms as may from time to time be agreed between the trustee and the Settlor or, if the Settlor is unfit, unable or unwilling to act, the person or persons by whom the power of appointing new trustees is exercisable.
- 34.2 A trustee, whether acting as a person engaged in a profession or business or in a personal capacity, shall be entitled to all normal professional or other fees for business done, services rendered or time spent by such trustee personally or by such trustee's firm or company in the administration of these trusts, including acts which a trustee not engaged in any profession or business could have done personally.
- 34.3 A trustee shall be entitled to retain any commission which may be received personally or by such trustee's firm in respect of any transaction carried out on behalf of this Trust for which such trustee or trustee's firm is, in the normal course of business, allowed commission, notwithstanding that the receipt of such commission was procured by an exercise by such trustee or the Trustees of powers over the Trust Fund.

35. Power to receive remuneration

A trustee may act and be remunerated as a director or other employee or as agent or adviser of any business or company in any way connected with the Trust Fund and shall not be liable to account for any remuneration, fees or profits received by the trustee in any such capacity.

36. Power to exercise powers notwithstanding personal interest

- 36.1 The Trustees may enter into any transaction concerning the Trust Fund
- (1) notwithstanding that one or more of the Trustees may be interested in the transaction other than as one of the Trustees; and
 - (2) without any trustee who is so interested being liable to account for any reasonable incidental profit.

36.2 This power shall only apply if there is at least one trustee who is not interested in the transaction other than as one of the Trustees and who approves it.

37. Protection of the trustees in respect of distributions

The Trustees may distribute the Trust Fund without having ascertained that there is no Beneficiary whose parents were not married to each other at the time of his birth (or who claims through a person whose parents were not so married) and the Trustees shall not be liable to any Beneficiary of whose existence they had no actual notice at the time of distribution.

38. Protection of the trustees generally

38.1 No trustee shall be liable for any loss to the Trust Fund however arising except as a result of the fraud or dishonesty of such trustee.

38.2 No trustee shall be bound to take any proceedings against a co-trustee or former trustee or the personal representatives of a co-trustee or former trustee for any breach or alleged breach of trust committed or suffered by such co-trustee or former trustee.

39. Release of powers

The Trustees may by deed (and so as to bind successive trustees of this Trust) release or restrict the future exercise of all or any of the powers conferred on them by this Trust.

40. Power to vary administrative provisions

The Trustees may by deed amend or add to the administrative provisions of this Trust.

SCHEDULE

[The initial Trust Fund]

Signed as a deed and delivered)
by [])
in the presence of:)

Witness

Signature: _____

Name: _____

Address: _____

Occupation: _____

Signed as a deed and delivered)
by [])
in the presence of:)

Witness

Signature: _____

Name: _____

Address:

Occupation:

Signed as a deed and delivered)

by [])

in the presence of:)

Witness

Signature:

Name:

Address:

Occupation:

Specimen Discretionary Trust Clauses¹

Delete sub-clauses 1.3 to 1.5 of Specimen Fixed Interest Settlement and replace with the following:

- 1.1 The 'Accumulation Period' shall mean the period of 21 years from the date of this Deed, or the Trust Period if shorter.
- 1.2 The 'Beneficiaries' shall mean:
 - (1) the Settlor's children and remoter issue;
 - (2) the spouses, widows and widowers (whether or not such widows or widowers have remarried) of the Settlor's children and remoter issue;
 - (3) [];
 - (4) [Charities;] and
 - (5) [such other objects or persons as are added under clause [1].]
- 1.3 'Charity' shall mean any trust, foundation, company or other organisation whatever established only for purposes regarded as charitable under the law of England and Wales.

Delete clauses 3 to 8 of Specimen Fixed Interest Settlement and replace with the following:

2. Power to add Beneficiaries

- 2.1 The Settlor, or such person as the Settlor shall have nominated in writing, may, at any time during the Trust Period, add to the Beneficiaries such objects or persons or classes of objects or persons as the Settlor or such other person shall, subject to the application (if any) of the rule against perpetuities, determine.
- 2.2 Any such addition shall be made by deed:
 - (1) naming or describing the objects or persons or classes of objects or persons to be added; and

¹ Ce modèle est tiré de *Practical Trust Precedents*, Sweet & Maxwell, 1998.

- (2) specifying the date or event, not being earlier than the date of execution of the deed but before the end of the Trust Period, on the happening of which the addition shall take effect.
- 2.3 [This power shall not be exercised so as to add to the Beneficiaries either the Settlor or any person who shall previously have added property to the Trust Fund or the spouse for the time being of the Settlor or any such person.]

3. Discretionary trust of capital and income

- 3.1 The Trustees shall hold the capital and income of the Trust Fund upon trust for or for the benefit of such of the Beneficiaries, at such ages or times, in such shares, upon such trusts (which may include discretionary or protective powers or trusts) and in such manner generally as the Trustees shall in their discretion appoint. Any such appointment may include such powers and provisions for the maintenance, education or other benefit of the Beneficiaries or for the accumulation of income and such administrative powers and provisions as the Trustees think fit.
- 3.2 No exercise of the power conferred by sub-clause [2.1] shall invalidate any prior payment or application of all or any part of the capital or income of the Trust Fund under the trusts of this Deed or made under any other power conferred by this Deed or by law.
- 3.3 Any trusts and powers created by an appointment under sub-clause [2.1] may be delegated to any extent to any person, whether or not including the Trustees or any of them.
- 3.4 [Notwithstanding clause [], the Trustees may not release or restrict this power during the Settlor's lifetime without his written consent.]
- 3.5 The exercise of the power of appointment conferred by sub-clause [2.1] shall:
 - (1) be subject to the application, if any, of the rule against perpetuities and the law concerning excessive accumulations of income; [and]
 - (2) be by deed, revocable during the Trust Period or irrevocable, executed during the Trust Period [; and]
 - (3) be subject to the written consent of the Settlor during his lifetime].

4. Income trusts in default of appointment

The provisions of this clause shall apply during the Trust Period until, subject to and in default of any appointment under sub-clause [2.1].

- 4.1 The Trustees shall pay or apply the income of the Trust Fund to or for the benefit of such of the Beneficiaries as shall for the time being be in existence, in such shares and in such manner generally as the Trustees shall in their discretion from time to time think fit.
- 4.2 Notwithstanding the provisions of sub-clause [3.1], the Trustees may at any time during the Accumulation Period in their discretion accumulate the income by investing it in any investments authorised by this Deed or by law and, subject to sub-clause [3.3], shall hold such accumulations as an accretion to capital.
- 4.3 The Trustees may apply the whole or any part of the income accumulated under sub-clause [3.2] as if it were income arising in the then current year.

5. Power to apply capital for Beneficiaries

The provisions of this clause shall apply during the Trust Period notwithstanding the provisions of clause [3] but subject to any appointment made under sub-clause [2.1].

- 5.1 The Trustees may pay or apply the whole or any part of the capital of the Trust Fund to or for the benefit of all or such of the Beneficiaries, in such shares and in such manner generally as the Trustees shall in their discretion think fit.
- 5.2 The Trustees may, subject to the application (if any) of the rule against perpetuities, pay or transfer any income or capital of the Trust Fund to the trustees of any other trust, wherever established or existing, under which any Beneficiary is interested (whether or not such Beneficiary is the only object or person interested or capable of benefiting under such other trust) if the Trustees in their discretion consider such payment or transfer to be for the benefit of such Beneficiary.

6. Trusts in default of appointment

From and after the expiration of the Trust Period, and subject to any appointment made under sub-clause [2.1], the Trustees shall hold the capital and income of the Trust Fund upon trust absolutely for such of [] as shall then be living and, if more than one, in equal shares per stirpes, provided that no issue shall take whose parent is alive and so capable of taking.

7. Ultimate default trusts

Subject as above and if and so far as not wholly disposed of for any reason whatever by the above provisions, the capital and income of the Trust Fund shall be held on trust for [] absolutely.

[115] SAUNDERS V. VAUTIER. *Alay 7, 1841.*

[S. C. affirmed on appeal, Cr. & Ph. 240; 41 E. R. 482; 10 L. J. Ch. 354. See *Lister v. Bradley*, 1841, 1 Hare, 14; *Leeming v. Shenall*, 1842, 2 Hare, 20; *Festing v. Allen*, 1842, 5 Hare, 578; *Curlis v. Lukin*, 1842, 5 Beav. 155; *Pearson v. Dolman*, 1866, L. R. 3 Eq. 321; *Hillon v. Hilton*, 1872, L. R. 14 Eq. 475. *T Featherall v. Thoburnburgh*, 1878, 8 Ch. D. 269; *In re Frey*, 1885, 30 Ch. D. 510; *In re Bevan's Trusts*, 1887, 34 Ch. D. 718; *In re Jobson*, 1889, 44 Ch. D. 160; 71 *Tarton v. [1895]*, A. C. 192.]

When a legacy is directed to accumulate for a certain period, or where the payment is postponed, the legatee, if he has an absolute indefeasible interest, is not bound to wait until the expiration of that period, but may require payment the moment he is competent to give a valid discharge.

The testator Richard Wright, by his will, "gave and bequeathed to his executors and trustees thereafter named all the East India stock which should be standing in his name at the time of his death, upon trust to accumulate the interest and dividends which should accrue due thereon, until Daniel Wright Vautier should attain his age of twenty-five years, and then to pay or transfer the principal of such East India stock, together with such accumulated interest and dividends, unto the said Daniel Wright Vautier, his executors, administrators, and assigns absolutely." And the testator devised and bequeathed his residuary real, and personal estate to the persons in his will named.

The sum of £2000 East India stock was standing in the testator's name at his death in 1832. A suit was afterwards instituted for the administration of the testator's estate; and Daniel Wright Vautier being an infant, a reference in the cause was made to the Master, to approve of a sum to be allowed for his maintenance. The Master reported his fortune to consist of the East India stock in question, and reported that £100 a year ought to be allowed for his maintenance out of the dividends thereof.

Sir C. C. Pepys, who was then Master of the Rolls, by an order dated the 25th of July 1835, confirmed the report, and ordered the payment of £100 a year out of the dividends of the East India stock, for the maintenance of the infant Daniel Wright Vautier.

[116] Daniel Wright Vautier attained twenty-one in March 1841, and presented a petition to have a transfer of the fund to him.


Mr. Pemberton argued that the Petitioner had a vested interest, and that as the accumulation and postponement of payment was for his benefit alone, he might waive it and call for an immediate transfer of the fund; *Josselyn v. Josselyn* (9 Sim. 63).

THE MASTER OF THE ROLLS. I think that principle has been repeatedly acted upon ; and where a legacy is directed to accumulate for a certain period, or where the payment is postponed, the legatee, if he has an absolute indefeasible interest in the legacy, is not bound to wait until the expiration of that period, but may require payment the moment he is competent to give a valid discharge.

Mr. Kinderslev, for the residuary legatees, most of whom were infants, was proceeding to argue that the Petitioner did not take a vested interest until he attained twenty-five, but

THE MASTER OF THE ROLLS [Lord Langdale] observed that the contrary must have been decided or assumed when the order for maintenance had been made by the present Lord Chancellor. He did not at present see any reason to doubt the propriety of that order, but the argument must assume it to be erroneous, and call Upon him to decide in a different manner, and he thought that it would be inconvenient to arise again in this Court a point on which the Judge of the Court of Rehearing had probably already expressed an opinion.

[117] The cause stood over, with liberty to apply to the Lord Chancellor, when the Lord Chancellor held the legacy vested, and ordered the transfer. (See 1 Cr. & Ph. 240.)

<p>RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE</p>  <p>Département des finances et contributions</p> <p>Administration fiscale cantonale</p> <p>ENREGISTREMENT ET DROITS DE SUCCESSION</p> <p>RIAES</p>	<p>TRUST</p>
<p>Réf. Date(s): All/CB/mai 1977 BP/dk/août 1984 - BP/11 23.11.84</p>	<p>Article(s): 10 et 12 LDS</p>

Instruction no 103

1. Création du trust par testament ou par acte fait du vivant du contribuable:
 - a) premier bénéficiaire taxé sur usufruit;
 - b) personne à qui doit revenir en dernier lieu le capital du trust: taxée sur nue-propiété.

2. Au décès d'un bénéficiaire, le revenu du trust passe à un autre bénéficiaire: capitalisation du revenu comme s'il s'agissait d'une rente (art. 12, al.9, 10, 12 LDS, capitalisation du revenu selon l'âge du bénéficiaire).

3. Lorsque le capital revient définitivement à la personne désignée par le statut du trust: pas de taxation puisqu'elle est censée avoir été taxée comme nue-propiétaire au moment de la création du trust; il n'y a en tout cas pas transmission du capital du dernier bénéficiaire du revenu à la personne à qui revient le capital, puisque les bénéficiaires du revenu ne sont pas propriétaires du capital.

4. Lorsque le constituant est lui-même bénéficiaire du trust, le capital du trust est censé être resté dans son patrimoine et doit être taxé lors de sa succession.
Restent réservés les cas particuliers, notamment lorsqu'il est impossible de déterminer à qui reviendra en dernier lieu le capital du trust.

XV. Projet de codification de la fiducie

(extrait du rapport Thévenoz du 30 juin 2000, Thévenoz, Trusts, p. 153-165)

Article 1 Définition

¹ La fiducie résulte d'un contrat ou d'une disposition pour cause de mort (l'acte de fiducie) par lequel le fiduciaire fait acquérir au fiduciaire la titularité de certains biens dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables.

² Lorsque l'acte de fiducie ne désigne aucun bénéficiaire, le fiduciaire est réputé seul bénéficiaire.

³ Le fiduciaire ne peut être seul bénéficiaire.

⁴ La fiducie peut être attaquée, comme une donation, par les héritiers, le conjoint ou les créanciers du fiduciaire.

Alinéa 1: La fiducie est un rapport de droit durable entre un (ou plusieurs) fiduciaires, un (ou plusieurs) fiduciaires(s) et, éventuellement, un (ou plusieurs) bénéficiaire(s). Conformément à la pratique actuelle en Suisse, la fiducie peut être créée par un contrat entre le fiduciaire et le fiduciaire. Le contrat est la cause du transfert au fiduciaire des biens constituant le patrimoine fiduciaire. Dans les limites générales posées par notre droit des successions (conditions de forme, respect des réserves légales, etc.), la fiducie peut également faire l'objet d'une disposition pour cause de mort, comme le législateur l'a permis pour la fondation. Le rapport fiduciaire lie alors le(s) fiduciaire(s) et le(s) bénéficiaires dès le décès du fiduciaire.

Bien qu'en général le fiduciaire transfère directement les biens concernés au fiduciaire, il peut arriver que le fiduciaire reçoive ceux-ci d'un tiers à l'intention du fiduciaire ou du bénéficiaire. C'est notamment le cas des avocats, notaires, agents d'affaires, etc. sont appelés à recevoir pour le compte de leur client. Ces hypothèses sont couvertes par l'expression «fait acquérir au fiduciaire».

Alinéa 2: La fiducie en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables représente une extension de la pratique actuelle. Elle est déjà possible par le biais d'une stipulation pour autrui, mais reste tout à fait exceptionnelle. La règle par défaut correspond cependant à la fiducie-gestion actuelle: lorsque le fiduciaire n'a rien précisé à cet égard, il est réputé seul bénéficiaire.

Alinéa 3: La fiducie au bénéfice (non exclusif) du fiduciaire est largement pratiquée en Suisse sous la forme de la fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*, qui porte notamment sur des créances, des cédules hypothécaires, ou d'autres papiers-valeurs) et dont le bénéficiaire en premier rang est généralement le fiduciaire lui-même. Celui-ci peut se désintéresser sur les biens fiduciaires si sa créance reste impayée à son échéance. Lorsqu'il est désintéressé, les biens fiduciaires ou leur reliquat reviennent au fiduciaire qui est un bénéficiaire résiduel. En matière de sécurités collectives, la fiducie-sûreté est en général une fiducie pour le compte de tiers, le fiduciaire (constituant de la sûreté) ayant là aussi le rang d'un bénéficiaire résiduel.

Alinéa 4: Calquée sur l'art. 82 CC, cette disposition précise que les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction (art. 522 al. 1, 523, 527 ch. 3 & 4 CC). C'est également le cas du conjoint dans le régime légal de la participation aux acquêts (art. 220 CC)⁵⁰⁰. Cette disposition confirme également que les créanciers peuvent exercer l'action révocatoire (art. 286 à 288 LP).

Art. 2 Patrimoine fiduciaire

¹ Les biens fiduciaires et les dettes qui les grèvent forment un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du fiduciaire.

² Les biens fiduciaires comprennent les choses, créances et autres droits et valeurs patrimoniales qui ont été transférés au fiduciaire par le fiduciaire, leurs revenus, leurs accroissements et tous les biens acquis en remploi d'autres biens fiduciaires.

³ Les biens fiduciaires ne répondent que des obligations stipulées dans l'acte de fiducie et de celles assumées par le fiduciaire dans l'exécution régulière de sa charge. Ils sont soustraits à l'exécution forcée à raison de toute autre obligation.

⁴ Le fiduciaire répond en outre sur tous ses biens des obligations qu'il assume en cette qualité. Sa responsabilité patrimoniale personnelle envers les tiers peut être exclue par une convention spéciale pour toute dette dont les biens fiduciaires répondent, à moins que le fiduciaire n'ait agi par dol ou par négligence grave.

⁵⁰⁰ Omis dans l'art. 82 CC, cette possibilité est également reconnue en matière de fondation, cf. RIEMER (1975) Art. 82 N. 13; DESCHENAUX, STEINAUER & BADDELEY (2000) NN. 1413, 1516 ss.

L'*alinéa 1* énonce le principe que chaque patrimoine fiduciaire (actifs et passifs) constitue un patrimoine séparé du patrimoine général du fiduciaire. L'*alinéa 2* délimite l'actif de ce patrimoine et confirme l'application du principe de la subrogation patrimoniale («biens acquis en remploi...»). Les *alinéas 3 et 4* fixent le régime de la responsabilité aux dettes.

Alinéa 3: En déterminant de quelles dettes les biens fiduciaires répondent, cet alinéa énonce la règle de droit matériel qu'il appartient aux autorités de l'exécution forcée (office des poursuites, administration de la faillite, juge de la revendication, etc.) de mettre en œuvre dans le cadre des dispositions existantes. La mise en œuvre procédurale du droit de distraction au profit des bénéficiaires de la fiducie peut être assurée par les articles 108*a* (saisie) et 242*a* (faillite) LP proposés plus haut en matière de trusts⁵⁰¹, disposition qu'il conviendrait donc d'étendre explicitement aux rapports fiduciaires.

Alinéa 4: *De lege lata*, le fiduciaire répond (aussi) sur ses biens personnels de toutes les dettes qu'il encourt en tant que fiduciaire; c'est le cas même lorsqu'il contracte des dettes dans l'exercice diligent de ses obligations fiduciaires de sorte que ces dettes grèvent (également) les biens fiduciaires (alinéa 3). Dans la mesure où le patrimoine personnel du fiduciaire supporte ou acquitte des dettes à charge du patrimoine fiduciaire, le droit du fiduciaire au remboursement de ses frais et avances constitue une récompense du patrimoine personnel contre le patrimoine fiduciaire (*infra* art. 4 lit. a). Il n'y a pas lieu de modifier ce principe de base. Mais il n'y a pas de raison non plus d'interdire les conventions contraires avec les tiers pour autant que ceux-ci aient accès aux biens fiduciaires (alinéa 3) et que le fiduciaire n'ait pas commis de dol ou de négligence grave.

Art. 3 Obligations du fiduciaire

¹ Le fiduciaire agit avec diligence, loyauté et impartialité dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires.

² En particulier, dans les limites tracées par l'acte de fiducie et par la loi, il doit

- a) exécuter de manière ponctuelle les obligations résultant de la loi et de l'acte de fiducie;
- b) conserver les biens fiduciaires séparément de ses biens personnels; les biens relevant de patrimoines fiduciaires distincts ne peuvent être mélangés que lorsque

⁵⁰¹ [...]

cela est prévu dans l'acte de fiducie ou lorsqu'une gestion collective est dans l'intérêt de tous les bénéficiaires et que les comptes tenus par le fiduciaire permettent en tout temps de reconstituer ces patrimoines;

- c) administrer et investir les biens fiduciaires conformément aux intérêts des bénéficiaires et au but de la fiducie;
- d) à la demande du fiduciaire ou de tout bénéficiaire, rendre en tout temps compte de sa gestion.
- e) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, faire mentionner la nature fiduciaire de son titre dans tout registre public où un bien fiduciaire est documenté;
- f) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, se conformer aux instructions du fiduciaire;
- g) restituer au patrimoine fiduciaire tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou reçu ou qu'il aurait procuré à des tiers en violation de ses obligations;
- h) compenser tout dommage qu'il aurait fautivement causé au patrimoine fiduciaire en violation de ses obligations.

³ Sauf clause contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire peut déléguer à un tiers les décisions relatives au placement des biens fiduciaires dans le cadre des directives qu'il détermine. Le fiduciaire qui n'agit pas à titre professionnel ne répond que du soin avec lequel il a choisi le tiers et donné ses instructions.

Alinéa 1: Le catalogue des obligations énoncées n'est pas exhaustif. Il correspond assez largement à celles que la jurisprudence et la doctrine ont dégagées des règles du mandat. Il est dominé par l'intérêt des bénéficiaires dans le cadre de la loi et des clauses de l'acte de fiducie.

Les *lettres d) et g)* correspondent à l'art. 400 al. 1 CO et à la jurisprudence qui en résulte.

La *lettre e)* correspond à l'art. 36 al. 1 ch. 2 LFP mais permet au fiduciaire de renoncer à cette mesure de publicité, ce qui atténue la protection résultant du droit de suite (condition de bonne foi des tiers acquéreurs). Imposer cette mesure de publicité aurait pour effet de soumettre la fiducie suisse à un régime plus strict que les trusts étrangers bénéficiant de la Convention⁵⁰². La règle par défaut ne concerne que les registres publics. L'acte de fiducie peut s'étendre aux registres privés (registre des actionnaires, etc.).

⁵⁰² [...]

Lettre f) La réserve des instructions du fiduciaire correspond à la situation actuelle (art. 397 al. 1 CO); les stipulations contraires de l'acte de fiducie sont cependant expressément réservées.

La *lettre h)* réitère le principe de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1, 398 al. 2 CO) sans trancher la question, controversée, de la répartition du fardeau de la preuve de la faute contractuelle dans les obligations de diligence (*Sorgfaltspflichten*, obligations de moyens)⁵⁰³.

Alinéa 2: La responsabilité, stricte du fiduciaire agissant à titre professionnel pour son délégataire correspond à celle de la direction d'un fonds de placement (art. 11 al. 2 LFP). La responsabilité atténuée de celui qui n'agit pas à titre professionnel est calquée sur le régime de la substitution autorisée du mandataire (art. 399 al. 2 CO).

Art. 4 Droits du fiduciaire

Tout fiduciaire a droit, à charge du patrimoine fiduciaire:

- a) au remboursement, en principal et intérêts, des avances qu'il a faites, des frais qu'il a exposés et à la libération des obligations qu'il a encourues dans l'exécution régulière de sa charge;
- b) à une rémunération dans la mesure où celle-ci est prévue par l'acte de fiducie ou conforme à l'usage;
- c) à l'indemnisation du dommage qu'il a subi sans sa faute dans l'exécution régulière de sa charge, en tenant compte du risque professionnel qui lui incombe.

La *lettre a* correspond aux art. 402 al. 1 CO et 14 al. 1 LFP.

La *lettre b* correspond à l'art. 394 al. 3 CO.

Lettre c: Alors que la responsabilité du mandant envers le mandataire varie suivant le caractère onéreux (art. 402 al. 2 CO) ou gratuit (art. 422 al. 1 CO, cf. ATF 61 II 95, JdT 1935 I 615) du mandat, il ne peut en aller de même pour le fiduciaire, qui agit de façon en principe totalement indépendante du fiduciaire et des bénéficiaires. Le critère du risque professionnel paraît le plus approprié pour délimiter les dommages qui restent à la charge du fiduciaire de ceux qui doivent lui être indemnisés à charge du patrimoine fiduciaire.

⁵⁰³ F. WERRO, *Die Sorgfaltspflichtenverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR*, RDS 1997 I pp. 377-380; BaK-WIEGAND (1996) Art. 97 N. 62.

Art. 5 Distributions

¹ Le fiduciaire distribue le patrimoine fiduciaire conformément à l'acte de fiducie.

² Lorsque l'acte de fiducie soumet une distribution à des conditions qui ne font pas appel au pouvoir d'appréciation, tout bénéficiaire peut en exiger l'exécution par le fiduciaire.

Alinéa 1: Le mot restitution, habituellement employé pour désigner le retour au fiduciaire des actifs fiduciaires à l'issue du rapport de fiducie, décrit mal les hypothèses où ces biens sont remis à d'autres bénéficiaires et ceux où le fiduciaire réalise des biens fiduciaires pour distribuer des sommes d'argent.

Alinéa 2: Ce critère est déjà connu de notre droit en matière de fondation, où une action civile tendant à une prestation n'est possible que lorsque le bénéficiaire a un droit subjectif qui ne dépend pas entièrement du pouvoir d'appréciation des organes de la fondation⁵⁰⁴.

Art. 6 Pluralité de fiduciaires

Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires, et sauf clause contraire de l'acte de fiducie, ceux-ci:

- a) sont propriétaires communs des biens fiduciaires;
- b) sont tenus solidairement des obligations résultant de l'acte de fiducie et de la loi
- c) sauf clause contraire de l'acte de fiducie, prennent toute décision à l'unanimité; ils peuvent cependant déléguer à l'un d'entre eux les décisions relatives au placement des biens fiduciaires dans le cadre de directives déterminées à l'unanimité.

Les co-fiduciaires forment une communauté légale qui se caractérise par la solidarité dans l'accomplissement de leurs obligations, le principe de l'unanimité dans le processus de décision et l'exercice de leurs pouvoirs, et une propriété commune qui ne donne pas naissance à des quotes-parts (art. 652 & 653 CC). En particulier, le décès d'un co-fiduciaire réduit le nombre des fiduciaires sans transmission de la qualité de propriétaire à ses héritiers tant et aussi longtemps qu'il subsiste au moins un fiduciaire⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ ATF 112 II 97 c. 3, JdT 1987 I 692, ATF 61 II 695 c. 1b. Cf. RIEMER (1975) Art. 84 N. 138.

⁵⁰⁵ Comp. ATF 78 II 445, JdT 1953 I 523, qui voit dans le décès d'un fiduciaire la cause d'un accroissement de la part de son co-fiduciaire.

Art. 7 Compensation et rétention de biens fiduciaires

¹ Dans les rapports avec le fiduciaire et les bénéficiaires, le fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation que pour une créance qui résulte de sa charge.

² Le dépositaire ou le possesseur d'un bien fiduciaire ne peut exercer un droit de rétention ou de compensation sur celui-ci que pour une créance se rapportant à son acquisition, sa garde, sa gestion ou tout autre service pour lequel il lui a été confié, à moins qu'il ignorât de bonne foi la nature fiduciaire de ce bien. Toute convention contraire est nulle.

Cette disposition est largement inspiré de la proposition du Prof. Giovanoli⁵⁰⁶.

Alinéa 1 Étend la règle de l'art. 125 ch. 1 CO aux choses confiées à titre fiduciaire.

Alinéa 2 Énonce et précise le principe retenu à juste titre mais *praeter legem* par le Tribunal fédéral (SAS 1981 67), la Cour de justice de Genève (20.3.1992, n.p.), la Cour d'appel de Paris (22.9.1994, JCP 1995 II n° 22427 obs. Vasseur) et plus récemment par le *Handelsgericht* de Zurich (16.1.1997, cassation, cantonal et réforme fédérale pendantes).

Art. 8 Droit de suite

¹ Lorsque, en violation de ses obligations, le fiduciaire a aliéné un bien fiduciaire ou constitué un droit sur ce bien, le fiduciaire, un autre fiduciaire et chaque bénéficiaire peut, à l'encontre de tout acquéreur, exiger la restitution du bien au patrimoine fiduciaire ou l'extinction du droit.

² Le droit de suite s'éteint contre l'acquéreur qui de bonne foi ignorait l'irrégularité de l'acte de disposition du fiduciaire et a fourni une contre-prestation adéquate, ainsi que contre tout acquéreur subséquent.

³ La prescription acquisitive est réservée.

⁴ Au surplus, sont applicables les règles sur la responsabilité du possesseur sans droit, l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires sans mandat.

Alinéa 1: Le fiduciaire est ici traité comme un propriétaire dont le pouvoir de disposition est limité par l'acte de fiducie et la loi. Cet alinéa tranche ainsi une controverse doctrinale où les deux opinions ont été soutenues et où le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas eu l'occasion de prendre position⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ GIOVANOLI (1994) p. 226.

⁵⁰⁷ [...]

Alinéa 2: Conformément au principe qui fonde les art. 933 et 973 CC, l'acquéreur de bonne foi (celui qui ignore l'irrégularité de son acquisition d'une manière qui n'est pas incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'attendre de lui, art. 3 al. 2 CC) est protégé. Cette protection ne concerne que l'acquéreur qui a "fourni une contre-prestation adéquate" (art. 59 ch. 1 al. 1 CP). Conformément à la pesée des intérêts faite par le législateur dans d'autres contextes⁵⁰⁸, les intérêts du fiduciaire (ou du bénéficiaire du trust) l'emportent en revanche sur ceux d'un acquéreur à titre gratuit.

Alinéa 3: L'acquéreur à titre gratuit qui n'est pas protégé par l'alinéa 2 peut le devenir par l'écoulement du temps pour autant qu'il continue d'ignorer l'irrégularité de sa position pendant toute la durée de la prescription acquisitive (art. 728 CC pour la propriété mobilière; art. 661 ss et 771 al. 3 CC).

Alinéa 4: Sur les rapports entre les règles du Code civil relatives au possesseur sans droit (art. 938 à 940 CC) et les règles générales du Code des obligations (art. 62 ss et 423 CO), [...].

Art. 9 Durée

¹ La fiducie prend fin au terme stipulé dans l'acte de fiducie ou résultant de son but, mais au plus tard cinquante ans après sa constitution.

² Lorsque l'acte de fiducie ne comporte pas de terme ou lorsqu'il réserve cette possibilité, la fiducie peut être résiliée par le fiduciaire en tout temps. Elle prend fin de plein droit cinquante ans après sa constitution.

³ Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés, ils peuvent par un accord unanime entre eux mettre fin à la fiducie de manière anticipée. L'acte de fiducie peut réserver le consentement du fiduciaire.

⁴ Lorsque la fiducie prend fin, les biens restants sont distribués sans retard conformément à l'acte de fiducie. À défaut d'une telle clause, ils sont restitués au fiduciaire ou à ses héritiers.

Alinéa 1: La fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée, sujette cependant à un maximum correspondant approximativement à deux générations démographiques. Cette limite assez basse (cf. art. 749 al. 2 CC:

⁵⁰⁸ Art. 239 al. 1 CO; art. 59 ch. 1 al. 2 CP; [...]

100 ans pour l'usufruit des personnes morales⁵⁰⁹) répond au souci de ne pas créer des biens de mainmorte ou de re-créeer des fidéicommiss de famille (cf. art. 335 al. 2 CC)⁵¹⁰.

Alinéa 2 énonce la règle par défaut — résiliation en tout temps à la discrétion du fiduciaire — qui correspond à la situation actuelle. La stipulation d'une durée déterminée (alinéa 1^{er}) fait présumer la renonciation au pouvoir de résilier en tout temps, mais l'acte de fiducie peut néanmoins le réserver. La résiliation est automatique à l'expiration de la durée maximale de 50 ans.

Alinéa 3: Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés et connus, il n'y a pas de raison de leur imposer le maintien de la fiducie si celle-ci ne correspond pas à leur intérêt. L'acte de fiducie peut cependant réserver le consentement du fiduciaire ou du tiers visé par l'article 11 al. 2.

Alinéa 4: La règle par défaut (retour des biens au fiduciaire) correspond au régime actuel de la fiducie. Cf. article 1 alinéa 2.

Art. 10 Remplacement du fiduciaire

¹ Sauf disposition contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire peut en tout temps révoquer le fiduciaire et lui désigner un successeur.

² Le fiduciaire doit être remplacé lorsque

- a) il décline sa nomination ou demande à être relevé de sa charge;
- b) il décède;
- c) il devient insolvable, notamment lorsqu'il est déclaré en faillite, demande un sursis concordataire, obtient un concordat de ses créanciers ou fait l'objet d'un acte de défaut de biens;
- d) il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable d'exécuter ses obligations;
- e) il enfreint gravement ses obligations.

⁵⁰⁹ Le législateur a limité la substitution fidéicommissaire à un degré (un seul grevé, art. 488 al. 2 CC), mais n'a pas fixé de durée maximale (cf. art. 489 al. 1 & 2 CC). PIOTET (1975) p. 96 propose de combler la lacune de la loi en matière de substitution fidéicommissaire (art. 1 al. 2 CC) par une durée maximale de cent ans.

⁵¹⁰ Cf. THÉVENOZ (1995) pp. 300-302.

³ Le nouveau fiduciaire est saisi du patrimoine fiduciaire par l'acceptation de sa désignation. Cependant, son patrimoine personnel ne répond envers le tiers que des obligations qu'il a encourues postérieurement à l'acceptation de sa nomination.

La résiliation éventuelle de la fiducie (article 9) doit être distinguée de la révocation du fiduciaire (article 10).

Alinéa 1: La révocation discrétionnaire du fiduciaire par le fiduciaire et son remplacement correspondent à la situation actuelle (art. 404 al. 1 CO). Le fiduciaire peut y renoncer dans l'acte de fiducie, notamment lorsque l'indépendance du fiduciaire à l'égard du fiduciaire est nécessaire au but poursuivi. L'acte de fiducie peut également conférer cette compétence à un tiers (article 11 al. 2).

Alinéa 2: La révocation et le remplacement du fiduciaire sont nécessaires lorsque certaines conditions sont réalisées qui ne lui permettent plus de s'acquitter régulièrement de sa charge. Lorsque ces conditions sont réalisées mais que le fiduciaire n'y procède pas, cette compétence est exercée par le tiers désigné par l'acte de fiducie (article 11 al. 2) ou par le juge (article 12 al. 1).

Art. 11 Pouvoirs du fiduciaire

¹ Le fiduciaire exerce personnellement les pouvoirs que la loi et l'acte de fiducie lui réservent.

² L'acte de fiducie peut désigner ou prévoir la désignation d'un ou plusieurs tiers à qui tout ou partie de ces pouvoirs peuvent être conférés.

³ Les pouvoirs visés aux deux premiers alinéas sont personnels, incessibles et intransmissibles.

Sur le modèle du *protector* développé par la pratique du trust, l'*alinéa 2* permet à l'acte de fiducie de conférer à un (ou plusieurs tiers) les pouvoirs qui seraient autrement réservés au fiduciaire par la loi ou l'acte de fiducie (*alinéa 1*).

Art. 12 Interventions du juge

¹ À la requête de tout intéressé et dans la mesure nécessaire à sauvegarder les intérêts des bénéficiaires, le juge exerce les pouvoirs que le fiduciaire ou celui à qui ils sont conférés tarde indûment à exercer, n'est pas en mesure d'exercer ou exerce contrairement à l'acte de fiducie ou à la loi.

² À la requête de tout intéressé, le juge arrête la rémunération du fiduciaire dans la mesure où ses modalités ne résultent pas de l'acte de fiducie ou lorsque l'importance de l'activité du fiduciaire s'est notablement modifiée par rapport aux circonstances qui étaient envisagées par les parties à l'acte de fiducie.

³ Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée d'une obligation, d'un droit ou d'un pouvoir du fiduciaire, celui-ci peut saisir le juge. La décision lie le fiduciaire et les bénéficiaires, qui sont entendus préalablement.

⁴ Lorsque l'acte de fiducie ne désigne pas de for en Suisse, le tribunal compétent est celui du lieu où le fiduciaire ou l'un des fiduciaires a son établissement ou son domicile.

La fiducie ici proposée est susceptible de recevoir une durée plus longue que ce qui se pratique actuellement (article 8 al. 1 et 11 lit. c). Le fiduciaire peut aussi être autorisé par l'acte de fiducie à déployer son activité de façon largement ou totalement indépendante du fiduciaire (article 11 lit. a). Une telle fiducie peut survivre au décès du fiduciaire.

Pour toutes ces raisons, les actions habituelles de droit privé (condamnation, cessation ou prévention du trouble, etc.), qui n'ont pas besoin d'être répétées ici, doivent être complétées par trois compétences judiciaires spécifiques.

Alinéa 1: Lorsque c'est nécessaire, le juge peut être amené à se substituer au fiduciaire (ou au tiers, article 11) pour en exercer les pouvoirs. Là où cependant les pouvoirs du fiduciaire ou du tiers peuvent être discrétionnaires (e.g. résiliation en tout temps, opposition à la résiliation ou à la modifications de l'acte de fiducie à l'initiative des bénéficiaires, révocation discrétionnaire du fiduciaire), ceux du juge sont limités par la double condition que le titulaire des pouvoirs doit être défaillant (principe de subsidiarité et leur exercice nécessaire à la sauvegarde des intérêts des bénéficiaires).

Alinéa 2: Contrairement au mandat, qui peut être résilié en principe en tout temps (art. 404 CO), la fiducie peut être stipulée pour une durée déterminée longue (mais inférieure à 30 ans, cf. article 8 et 11 lit. c) et survivre au fiduciaire ou au (premier) fiduciaire (cf. article 11 lit. b). Il se peut donc que les parties originales à l'acte de fiducie ne soient plus en mesure de préciser ou de corriger la rémunération du fiduciaire (article 4 lettre b), ce qui impose de conférer ce pouvoir au juge.

Alinéa 3: Dans l'exécution d'un rapport à long terme tel qu'une fiducie, qui n'est en principe pas sujet à une modification d'un commun accord des parties (cf. article 9 al. 2), la nécessité d'un litige comme condition à la saisine d'un juge (procédure contentieuse) ne suffit pas. Il faut permettre au fiduciaire de s'adresser au juge en procédure gracieuse lorsqu'un doute légitime existe quant au contenu ou à l'étendue de ses obligations ou de ses pouvoirs.

Alinéa 4: Cet alinéa pourrait faire l'objet d'un article à introduire dans la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000⁵¹¹.

⁵¹¹ FF 2000 2080 (pas encore entrée en vigueur).