



Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
CH-3003 Berne

Par email uniquement : zz@bj.admin.ch

Genève, le 26 avril 2022

Consultation fédérale – Propositions visant à instaurer un trust suisse

Prise de position

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de la possibilité de prendre position sur les propositions visant à instaurer un trust suisse.

Le Centre en philanthropie de l'Université de Genève (GCP) est le fruit d'un partenariat public-privé entre l'Université de Genève (UNIGE) et un certain nombre de fondations philanthropiques majeures ayant une portée internationale.

Le Centre déploie ses activités sur trois axes stratégiques: l'enseignement, la recherche, ainsi que les prestations en faveur de la Cité sur les questions liées à la philanthropie, selon une approche interdisciplinaire et une collaboration étroite avec les praticiens.

Les propositions de modifications législatives visant à instaurer un trust suisse ont retenu notre meilleure attention, dans un souci de favorisation de la philanthropie. Vous trouverez ci-après notre prise de position sur ces dispositions.

I. L'interdiction de constitution de trusts sans bénéficiaires (art. 529a AP-CO)

L'interdiction de la constitution de trusts sans bénéficiaires (interdiction des *purpose trusts*), selon l'article 529a al. 1 AP-CO doit être conservée.

La possibilité de constituer des trusts sans bénéficiaires (*purpose trusts*) permettrait de mettre en place des trusts à des fins philanthropiques sur le modèle anglosaxon du *charitable trust*. Le trust philanthropique serait alors comparable à la fondation philanthropique dans son objectif. En termes de gouvernance, les deux structures se distingueraient par une différence majeure, qui ne nous paraît pas souhaitable. Contrairement aux fondations, les trusts sans bénéficiaires (comme c'est le cas pour les trusts avec bénéficiaires) ne seraient pas soumis à la surveillance de l'autorité de surveillance. Seule demeurerait la surveillance de l'autorité fiscale. Or, la surveillance de l'autorité fiscale est limitée aux

aspects fiscaux. L'autorité fiscale pourrait être tentée d'étendre son droit de regard sur les activités des trusts philanthropiques, afin d'assurer le respect des conditions de l'exonération fiscale. Le risque serait alors que l'autorité fiscale en fasse de même avec les fondations philanthropiques, quand bien même ces tâches reviennent à l'autorité de surveillance. La coexistence de deux réalités juridiques aux fins analogues mais soumises à deux modèles de contrôle distincts ne nous paraît pas souhaitable. L'autorité de surveillance des fondations réalise un travail important dans la tutelle de l'objectif philanthropique : elle s'assure que des intérêts contraires ou divergents à l'intention initiale du fondateur ne puissent venir entacher la mission philanthropique. Ce travail est reconnu et cette expertise doit être conservée. Renoncer à un mécanisme de tutelle de la mission philanthropique c'est prendre le risque d'affaiblir cette même mission philanthropique. Proposer un instrument analogue aux fondations philanthropiques - le trust philanthropique - qui échapperait au contrôle de l'autorité de surveillance risque ainsi d'affaiblir toute mission philanthropique. Cela n'est pas souhaitable.

Par ailleurs, l'instauration du trust philanthropique pourrait freiner la progression positive du secteur des fondations philanthropiques. La flexibilité offerte aux trusts en termes de modification de l'acte de trust (art. 529t AP-CO) et celle de pouvoir gérer le solde résiduel au moment de la dissolution ou liquidation du trust (art. 529u al. 3 AP-CO) rendraient le trust philanthropique plus attractif que la fondation d'utilité publique. Le secteur des fondations d'utilité publique se porte bien et il est d'importance notable pour l'économie et la société suisse. La Suisse connaît depuis ces dernières années une croissance du nombre de fondations¹. Pour l'année 2020, le nombre de fondations nouvellement créées a dépassé celui des fondations liquidées.² Le secteur des fondations philanthropiques se professionnalise. Plusieurs formations, proposées notamment par le GCP, le CEPS de l'Université de Bâle et Swiss Philanthropy Foundation contribuent à cette professionnalisation³. Les réflexions sur une modification du droit des fondations pour rendre les fondations suisses plus attractives sont déjà en cours⁴.

II. La notion large de bénéficiaire (art. 529c al. 1 AP-CO)

La possibilité laissée par l'article 529c al. 1 AP-CO de désigner des bénéficiaires « déterminés » ou « déterminables » est appréciable et doit être conservée. L'ouverture de la qualité de bénéficiaires au bénéficiaire « déterminable » permet d'atteindre des buts similaires au trust philanthropique, sans pour autant permettre les trusts philanthropiques (voir *supra* I). Cette flexibilité est favorable au secteur philanthropique. Le trust devient donateur possible et bienvenu en faveur de fondations philanthropiques.

Le rapport explicatif donne quelques exemples de critères d'identification des bénéficiaires « déterminables ». Il précise aussi que « [l]'acte de trust peut prévoir d'autres critères d'identification, pour autant que ceux-ci permettent d'identifier l'ensemble des bénéficiaires au moment de la

¹ Center for Philanthropy Studies (CEPS), Der Schweizer Stiftungsreport 2021, p.6.

² La différence est de 74 nouvelles fondations en 2020, voir Center for Philanthropy Studies (CEPS), Der Schweizer Stiftungsreport 2020, p.7.

³ En collaboration avec la Geneva School of Economics and Management de l'Université de Genève, le GCP offre notamment une formation post-grade en philanthropie stratégique et opérationnelle. Swiss Philanthropy Foundation organise en partenariat avec le Center for Philanthropy Studies (CEPS) de l'Université de Bâle et le GCP une Master Class en gestion des fondations. Le CEPS a mise en place, en collaboration avec WISE philanthropy advisors, une Foundation Board Academy.

⁴ Avant-projet de loi fédérale relative au renforcement de l'attractivité de la Suisse pour les fondations, disponible sous <https://www.parlament.ch/fr/organe/commissions/commissions-thematiques/commissions-caj/vernehmlassung-rk-14-470> et avis du Conseil fédéral du 12 mai 2021 sur le rapport du 22 février 2021 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États.

distribution d'une prestation »⁵. Ainsi, des entités philanthropiques peuvent être désignées comme bénéficiaires. Ces entités philanthropiques peuvent être désignées nommément ou en fonction de leur but final (ex. but idéal d'utilité publique ou de service public), de leur statut fiscal (entités exonérées ou non d'impôts) ou de leur but immédiat ou activité pour une cause déterminée (ex. préservation d'un certain biotope, *advocacy* en faveur d'une question particulière etc.). Le rapport explicatif ne le dit pas expressément. Il se limite à donner des exemples de critère d'identification en fonction d'une relation d'association ou de travail⁶. Il serait souhaitable que le rapport final confirme que le critère d'identification peut également être stipulé en fonction du but ou de l'activité du bénéficiaire.

III. La possibilité d'ajouter ou supprimer des bénéficiaires (art. 529t AP-CO)

La possibilité pour le constituant, le trustee ou le protecteur de modifier les dispositions de l'acte de trust sur les bénéficiaires, si l'acte de trust a réservé ce droit, est appréciable, à condition toutefois que l'interdiction de trust sans bénéficiaires soit maintenue. A défaut, cette flexibilité fournirait un avantage concurrentiel notable au trust philanthropique par rapport à la fondation d'utilité publique, réduisant fortement l'attractivité de cette dernière⁷.

Cette flexibilité offerte par l'article 529t al. 1 AP-CO est à même de jouer un rôle important en faveur de l'impact philanthropique. Tant la désignation de bénéficiaires « déterminables » que celle de bénéficiaires « déterminés » peut découler d'une intention (but) philanthropique. Elle pourrait être motivée par l'activité des bénéficiaires ou leur rôle de porteur de changement, réel ou pressenti, au moment de la constitution du trust. Or, la capacité réelle d'un bénéficiaire de répondre à certains défis philanthropiques peut être bien différente plusieurs années après la constitution du trust qu'elle ne l'était à sa constitution. La possibilité de modifier le cercle des bénéficiaires, si l'acte de trust a réservé ce droit, peut se révéler favorable au bien commun et à la création d'impact philanthropique positif.

L'encadrement nécessaire à éviter une modification du cercle des bénéficiaires du trust par le trustee et le protecteur de manière contraire au souhait du constituant reste possible par l'insertion de charges ou conditions dans l'acte de trust. L'intention philanthropique du constituant pourrait ainsi être suffisamment protégée. La rédaction de l'acte de trust méritera une attention particulière.

Le fait que la modification des dispositions de l'acte de trust doive être faite en la forme écrite est regrettable. Le constituant devrait pouvoir modifier l'acte de trust aussi par une disposition pour cause de mort, puisqu'il peut constituer le trust sous cette forme. Les dispositions pour cause de mort sont par ailleurs souvent le creuset de réflexions philanthropiques. Cet élargissement aux dispositions pour cause de mort du constituant respecterait le principe du parallélisme des formes de l'article 12 CO.

IV. La liberté d'affection du solde du patrimoine du trust à la fin du trust au moment de sa liquidation (art. 529u AP-CO)

L'acte de trust peut prévoir une distribution du bénéfice de liquidation à des personnes physiques ou morales autres que les bénéficiaires du trust ou le constituant. Le rapport explicatif précise qu'en

⁵ Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 12 janvier 2022, ad. Art. 529c, p. 86.

⁶ Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 12 janvier 2022, ad. Art. 529c, p. 86 *a contrario*.

⁷ Les fondations sont régies par le principe de l'immutabilité selon les articles 88 et 89 CC.

application de l'article 529u al. 3 AP-CO l'acte de trust pourrait prévoir une distribution du patrimoine résiduel du trust – après paiement des dettes éventuelles- à une œuvre d'utilité publique⁸. Cette possibilité doit être saluée.

En raison de la compétence réservée au trustee en matière de distribution du bénéfice de liquidation en l'absence de règles dans l'acte de trust, la proposition s'inspire davantage des règles applicables en matière de liquidation des associations que de celles traitant de la liquidation des fondations⁹. Le rapprochement du trust avec la fondation ne vaut donc qu'en matière fiscale à teneur du projet proposé.

V. La combinaison des aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires pendant la durée du trust (art. 10a AP-LIFD et 6a AP-LHID)

Le volet civil du projet de loi ne semble pas exclure la possibilité d'un trust à la fois non-discrétionnaire et discrétionnaire selon les bénéficiaires. Cela dit, le rapport explicatif ne mentionne pas expressément cette possibilité, ni dans le commentaire sur la disposition sur la constitution du trust (art.529a AP-CO), ni dans celui sur la modification des bénéficiaires en cours d'existence (art 529t al. 1 AP-CO).

Les propositions d'articles 10a LIFD et 6a LHID laissent à penser qu'une telle combinaison de bénéficiaires pendant la durée du trust serait impossible. Le traitement fiscal est différent selon que le trust est révocable, irrévocable et non-discrétionnaire ou irrévocable et discrétionnaire. Le texte ne semble pas avoir envisagé la combinaison des possibilités entre aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires. A teneur de l'article 10a LIFD « les revenus du trust sont ajoutés à ceux des bénéficiaires conformément à leurs parts lorsque : (a) lorsque le constituant renonce définitivement au patrimoine du trust ; et (b) lorsque les bénéficiaires peuvent prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust. Dans les autres cas, le trust est imposé comme une fondation »¹⁰. Le choix offert par les dispositions fiscales semble celui du « tout ou rien » sur les aspects discrétionnaires ou non-discrétionnaires.

De même, le volet civil ne semble pas exclure la possibilité d'un trust qui dès le début est prévu pour débiter comme trust non discrétionnaire avant de se transformer en trust discrétionnaire (ou vice versa) après une certaine date ou une certaine durée. Pourtant, la formulation du projet d'articles 10a LIFD et 6a LHID ne tient pas compte de cette possibilité.

Entre les non-dits du volet civil et la formulation du volet fiscal un modèle de trust inspiré du *charitable reminder trust* ou du *charitable lead trust* anglais pourrait sembler impossible. Nous doutons que telle était la volonté des commissions d'experts chargées de la rédaction du projet. Une combinaison des aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires permettrait une gestion de fortune alignée avec les préoccupations actuelles de beaucoup de donateurs. Pourraient alors être réunis en un seul instrument juridique deux intérêts, soit la contribution à une cause philanthropique (à travers des bénéficiaires désignés) et la planification patrimoniale familiale, sans devoir mettre fin au trust pour autant.

⁸ Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 12 janvier 2022, ad. Art. 529u, pp. 101-102.

⁹ La doctrine est divisée sur la compétence du conseil de fondation de décider de la répartition du bénéfice de liquidation en l'absence de disposition lui ayant réservé cette compétence dans l'acte de fondation, voir CR-CC I- Julia Xoudis, ad. Art. 57-58 CC N. 20.

¹⁰ Projet d'article 10a al. 2 et 3 LIFD.

Cette flexibilité doit être conservée et le volet fiscal, à supposer qu'il demeure inchangé, devrait à tout le moins être nuancé pour confirmer ces possibilités.

Pour confirmer le fait que le volet civil n'exclut pas de combiner aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires au sein d'un même trust et au même moment, il serait alors préférable de parler d'imposition du trust « comme une fondation » pour « la part pour laquelle le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust ou pour laquelle il y renonce mais sans permettre à des bénéficiaires de pouvoir prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust ». Pour s'assurer que le constituant puisse dès le début prévoir que le trust change de nature (discrétionnaire ou non-discrétionnaire) en cours d'existence sans devoir modifier l'acte de trust, il conviendrait de préciser, aux articles 10a LIFD et 6a LHID, que lorsque la condition de l'alinéa 1 ou de la lettre b de l'alinéa 2 n'est remplie que pour une certaine durée ou à partir d'une certaine date, le principe d'imputation fiscale ne s'applique que pendant cette durée, respectivement à compter de cette date.

VI. Le traitement fiscal (art. 10a et 56 LIFD, 6a et 23 LHID)

De manière générale, nous avons des doutes sur l'assimilation des trusts aux fondations pour le traitement fiscal. La proposition paraît rendre l'instrument peu attractif en comparaison internationale¹¹. Si, à l'issue de la procédure de consultation, le traitement fiscal des trusts devait rester fondé sur ce postulat, alors il faudrait faire bénéficier le trust discrétionnaire irrévocable dont les seuls bénéficiaires seraient des entités remplissant les conditions d'exonération fiscale pour cause d'utilité publique, de buts culturels ou de but de service public de cette même exonération. A teneur des articles 10a LIFD et 6a LHID, un trust discrétionnaire irrévocable qui n'aurait pour seuls bénéficiaires que des entités exonérées d'impôts selon le droit suisse pour cause d'utilité publique, de but culturel ou de but de service public serait assujéti de manière illimitée comme une fondation ordinaire. Par application des articles 33a et 59 al. 1 let. c LIFD et 9 al. 2 let. i LHID, ledit trust ne pourrait alors que déduire les prestations libérées à hauteur du pourcentage autorisé selon la législation cantonale (à Genève 20%) de ses revenus et bénéfices imposables. Il se rapprocherait pourtant grandement d'une fondation donatrice¹² qui, elle, serait exonérée d'impôts au motif que les quatre conditions cumulatives générales de l'article 56 let. g LIFD, respectivement de l'article 23 al. 1 f LHID seraient remplies. Une analyse critique de ces conditions appliquées au cas du trust discrétionnaire irrévocable envisagé conduit à vouloir admettre l'exonération fiscale. En effet :

- Si le trust est irrévocable et que ses bénéficiaires ne sont que des entités bénéficiant d'une exonération pour cause d'utilité publique, la condition de l'affectation irrévocable des fonds au but d'utilité publique est remplie. Il en va de même si les bénéficiaires poursuivent un but culturel ou un but de service public.
- En assimilant le trust du point de vue fiscal à la fondation ordinaire, la condition de l'existence d'une personne morale est remplie sous l'angle fiscal.
- La condition d'interdiction de non thésaurisation pourrait demeurer applicable, à charge pour le trustee de procéder aux libérations nécessaires en faveur des bénéficiaires, afin que le trust ne perde pas son statut d'entité exonérée d'impôts.

¹¹ Interview du Prof. Luc Thévenoz dans Le Temps du 4 février 2022.

¹² SwissFoundations définit la fondation donatrice comme « une fondation d'utilité publique qui, pour financer ses activités, ne dépend pas de dons ou de co-affectations, car elle dispose d'un patrimoine propre et déploie son action à l'aide des revenus de ce patrimoine (ou de la substance de celui-ci, s'il s'agit d'une fondation à capital consommable) », glossaire des fondations, <https://www.swissfoundations.ch/fr/secteur/glossaire/>

- Quant à l'existence d'un but d'utilité publique, but cultuel ou de service public, plaider l'impossibilité de remplir cette condition par suite d'interdiction des *purpose trusts* nous paraît contraire à l'intention du législateur. Cela reviendrait à nier la correspondance effective entre les versements d'un tel trust et le but d'utilité publique reconnu à une fondation donatrice. La correspondance apparaît d'autant plus troublante si l'on pense que la fondation donatrice se faisait auparavant appeler fondation d'attribution.

Il est souhaitable que le rapport final se prononce sur le traitement fiscal d'un tel trust. La question mérite d'être analysée. Nous préconisons l'ajout d'une lettre à l'article 56 LIFD, respectivement à l'article 23 al. 1 LHID, afin de préciser que le trust discrétionnaire irrévocable puisse bénéficier d'une exonération d'impôts comme une fondation d'utilité publique si et aussi longtemps que (i) le cercle des bénéficiaires n'est constitué que de bénéficiaires exonérés d'impôts pour cause d'utilité publique, de but cultuel ou de but de service public selon le droit suisse et (ii) que le patrimoine du trust n'est pas thésaurisé. La circulaire de l'Administration fiscale fédérale no. 12 de 1994 devra alors être mise à jour en conséquence. La fondation d'utilité publique continuerait de bénéficier d'un avantage par rapport à un tel trust en ce sens qu'elle pourrait faire bénéficier de son argent ou expertise des acteurs basés à l'étranger et attribuer les fonds à des causes plutôt qu'à des acteurs agissant en faveur de ces causes.

Par ailleurs, comme indiqué (*supra V*), la formulation du projet d'articles 10a LIFD et 6a LHID devrait être retravaillé pour s'assurer qu'un trust puisse comporter des aspects discrétionnaires et non-discrétionnaires en même temps ou en enchaînement.

VII. Récapitulatif

L'interdiction de constitution d'un trust sans bénéficiaires doit être maintenue. A défaut, un instrument qui ne serait pas soumis à la surveillance de l'autorité de surveillance viendrait concurrencer le secteur des fondations philanthropiques d'une manière non favorable à l'objectif philanthropique.

Afin de contribuer davantage au secteur philanthropique et de créer un nouvel instrument de placement et gestion de capitaux en ligne avec l'ère du temps, nous suggérons les modifications suivantes à l'avant-projet de modification du code des obligations suisse pour l'introduction de l'instrument juridique du trust :

- Ad. Art. 529t al. 2 AP-CO: Ajouter la possibilité pour le constituant de modifier l'acte de trust par une disposition pour cause de mort (*Parallélisme des formes pour le constituant entre acte constitutif et acte modificatif du trust*)
- Ad. Art 10a LIFD et 6a LHID (si le volet fiscal reste inchangé): Modifier l'alinéa 1 et l'alinéa 2 let a, comme suit:
 - o 10a al. 2 et 3 LIFD :
 2. Les revenus du trust sont ajoutés à ceux des bénéficiaires conformément à leurs parts pour:
 - a. la durée pour lesquelles le constituant renonce définitivement au patrimoine du trust; et
 - b. lorsque les bénéficiaires peuvent prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust

3. Pour la part et durée pour laquelle le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust ou pour laquelle il y renonce mais sans permettre à des bénéficiaires de pouvoir prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust, le trust est imposé comme une fondation.

o 6a al. 2 et 3 LHID :

2. Les revenus et la fortune du trust sont ajoutés à ceux des bénéficiaires conformément à leurs parts pour:

- a. la durée pour lesquelles le constituant renonce définitivement au patrimoine du trust; et
- b. lorsque les bénéficiaires peuvent prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust

3. Pour la part et durée pour laquelle le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust ou pour laquelle il y renonce mais sans permettre à des bénéficiaires de pouvoir prétendre à des prestations tirées du patrimoine du trust, le trust est imposé comme une fondation.

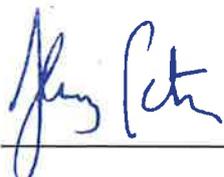
- Ad. Art. 56 LIFD et 23 al. 1 LHID: ajout d'une nouvelle lettre h, respectivement g, afin d'ajouter aux personnes exonérées d'impôts : *(Alignement du statut fiscal du trust discrétionnaire irrévocable composé de bénéficiaires exonérés d'impôts pour cause d'utilité publique, de but culturel ou de but de service public avec celui de la fondation exonérée d'impôts)*

- o Le trust discrétionnaire irrévocable dont le cercle des bénéficiaires est uniquement composé de personnes morales exonérées d'impôts pour cause de service public ou d'utilité publique sur les bénéfices exclusivement et irrévocablement attribué à ces bénéficiaires.
- o Le trust discrétionnaire irrévocable dont le cercle des bénéficiaires est uniquement composé de personnes morales exonérées d'impôts pour cause de service public ou d'utilité publique sur le bénéfice et le capital exclusivement et irrévocablement attribué à ces bénéficiaires

Nous suggérons également de préciser dans le rapport final, que les bénéficiaires, au sens de l'article 529c al. 1 AP-CO, peuvent être désignés en fonction de leurs activités et/ou buts.

Nous vous remercions de bien vouloir tenir compte de nos réflexions et suggestions et de bien vouloir considérer une modification de vos propositions en conséquence. Nous restons à votre disposition pour toute question ou commentaire que vous pourriez avoir à propos de ce qui précède.

Avec nos salutations respectueuses,



Prof. Henry Peter

Directeur du GCP



Prof. Giulia Neri-Castracane

GCP/Faculté de droit UNIGE