

Imposition des trusts

Circulaire 30 - du 22 août 2007

Table des matières

1.	Introduction	2
2.	Trust.....	2
2.1.	Caractères essentiels du trust	2
2.2.	Délimitation par rapport à la fondation.....	3
2.3.	Délimitation par rapport à la fiducie	3
2.4.	Établissement, fondation et fiducie du Liechtenstein.....	3
2.5.	Convention de la Haye relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance	3
3.	Notions.....	4
3.1.	Settlor	4
3.2.	Beneficiary	4
3.3.	Trustee	4
3.4.	Protector	5
3.5.	Trust deed	5
3.6.	Letter of wishes	5
3.7.	Revocable / irrevocable trust	5
3.7.1.	Revocable trust	6
3.7.2.	Irrevocable fixed interest trust	6
3.7.3.	Irrevocable discretionary trust	6
4.	Traitement fiscal du trust, du trustee et du protector	7
4.1.	Traitement fiscal du trust	7
4.2.	Traitement fiscal du trustee et du protector	7
5.	Traitement fiscal du settlor et du beneficiary	8
5.1.	Principes applicables au traitement fiscal.....	8
5.1.1.	Traitement du settlor.....	9
5.1.1.1.	En général	9
5.1.1.2.	Settlor domicilié en Suisse.....	9
5.1.2.	Traitement du beneficiary	9
5.2.	Exemples.....	10
5.2.1.	Revocable trust	10
5.2.2.	Irrevocable, fixed interest trust	11
5.2.3.	Irrevocable, discretionary trust	12
6.	Obligations d'informer et de collaborer	13
7.	Informations relatives à l'impôt anticipé	13
7.1.	Rendements de fortune provenant du patrimoine du trust	13
7.2.	Remboursement de l'impôt anticipé	14
7.2.1.	Revocable trust	14
7.2.2.	Irrevocable fixed interest trust	14
7.2.3.	Irrevocable discretionary trust	14
8.	Informations relatives aux conventions visant à prévenir la double imposition (CDI)	15
8.1.	En général	15
8.2.	Remboursement de l'impôt anticipé suisse	15
8.3.	Remboursement de l'impôt étranger	16
8.4.	Accord avec la CE sur la fiscalité de l'épargne.....	16

1. Introduction

Avec l'internationalisation croissante, la demande touchant à un traitement fiscal uniforme du trust s'est exprimée plus fortement, tant du côté des contribuables que de celui des autorités. La pratique fiscale actuelle divergeant d'un canton à l'autre génère des problèmes nuisibles à la sécurité juridique et à la transparence.

La présente circulaire a pour but de permettre le passage de la pratique fiscale actuelle hétérogène à une réglementation uniforme. Du fait de la diversité des formes d'apparition du trust, les développements qui suivent se limitent à en exposer les caractéristiques essentielles nécessaires à la détermination de son traitement fiscal. En premier lieu, on exposera la nature juridique essentielle d'un trust ainsi que les concepts et la terminologie qui y sont attachés. Sur cette base, on tirera les conclusions fiscales qui s'imposent.

2. Trust

2.1. Caractères essentiels du trust

La notion de trust décrit un rapport juridique ayant effet à l'encontre des tiers, qui prend naissance lorsque, sur la base d'un document de constitution (trust deed), le constituant (settlor) transfère des valeurs patrimoniales déterminées à une ou plusieurs personnes (trustees), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but établi à l'avance par le settlor en faveur d'un ou de plusieurs tiers (beneficiaries).

Le trust est une institution juridique historiquement développée en Angleterre et il s'est essentiellement diffusé dans les États de common law (Grande Bretagne, USA, Australie, Canada, Afrique du sud, Nouvelle Zélande). Par ailleurs, on rencontre également des institutions comparables au trust dans d'autres États, comme par exemple le Japon, le Panama, le Liechtenstein, le Mexique, la Colombie, Israël et l'Argentine.

En pratique, le trust se révèle être un instrument d'une flexibilité extrême. Les trusts sont fréquemment utilisés en relation avec la planification successorale ou dans ce qu'on appelle l'"asset protection" (préservation d'actifs) de personnes physiques. De plus, dans l'espace juridique anglo-saxon, les trusts sont parmi les instruments juridiques les plus utilisés dans le domaine des institutions d'utilité publique ainsi que des institutions de prévoyance personnelle. On les rencontre aussi fréquemment dans le cadre de la mise en œuvre de plans d'options de collaborateurs dans des sociétés cotées en bourse. Vu la multiplicité des formes d'apparition possibles du trust, une énumération de tous les types de trusts constituerait une entreprise impossible et ne serait que de peu d'utilité pour déterminer un traitement fiscal. Il vaut en fait bien mieux établir des principes applicables au traitement fiscal des structures de trust qui soient indépendants du type de trust concerné.

Le trust peut être créé soit par un acte juridique entre vifs soit par dispositions pour cause de mort.

Même si, du fait de sa construction, le trust est apparenté à la fondation de droit suisse, il n'a pas de personnalité juridique propre. D'un point de vue plus formel, le trustee est titulaire, bien qu'à titre fiduciaire, de la fortune du trust. Par ailleurs, le trust n'est pas non plus un (simple) contrat. Bien que le trust soit créé à l'origine par le settlor, il constitue, après sa création, essentiellement un rapport juridique entre le trustee et les beneficiaries qui est réglé en premier

lieu par l'acte de constitution du trust et en second lieu par les normes de l'ordre juridique applicable touchant spécifiquement au trust. Le settlor bénéficie d'une liberté relativement importante quant à l'organisation du trust. Cependant, dès que le trust est créé, et comme c'est le cas pour le créateur d'une fondation de droit suisse, le settlor ne dispose plus que de possibilités restreintes d'influence sur le trust. Après la création du trust, l'obligation première du trustee est de préserver les intérêts des beneficiaries et non ceux du settlor. Une autre caractéristique typique du trust réside dans la situation juridique complexe existant en rapport avec le patrimoine du trust : le trustee est en effet le propriétaire de droit civil (en common law : legal interest) du patrimoine du trust, mais il doit l'administrer de manière séparée et, en cas de décès ou de faillite du trustee, ce patrimoine ne sera pas considéré comme le sien mais continuera d'être soumis au droit applicable au trust et à la séparation en faveur des bénéficiaires, respectivement du nouveau trustee à désigner.

2.2. Délimitation par rapport à la fondation

La fondation de droit suisse a la fonction, comparable à celle du trust, d'affecter un patrimoine à un but particulier (art. 80 CC). La fondation acquiert la personnalité juridique par sa création. En revanche, le trust n'a pas de personnalité juridique propre. Le trust n'a pas la capacité juridique et ne peut donc pas être titulaire d'un patrimoine. Contrairement au trust, la fondation devient propriétaire du patrimoine affecté au but.

2.3. Délimitation par rapport à la fiducie

La fiducie de droit suisse repose sur un rapport contractuel (un mandat au sens des art. 394 ss. CO). Le fiduciaire doit accepter le mandat pour que le rapport contractuel existe. L'accord du trustee n'est en revanche pas nécessaire pour la création du trust. De ce fait, le settlor peut désigner une personne quelconque comme trustee par un acte juridique unilatéral effectué de son vivant ou par dispositions pour cause de mort. Une telle désignation est comparable à l'institution d'un exécuteur testamentaire selon le droit successoral suisse, qui lui confère la position d'un fiduciaire indépendant ayant des caractéristiques propres.

Le trust n'est pas un (simple) contrat. Bien que le trust soit à l'origine créé par le settlor, il est essentiellement, après sa création, un rapport juridique entre le trustee et les beneficiaries. Après la création du trust, l'obligation première du trustee est de préserver les intérêts des beneficiaries et non ceux du settlor.

2.4. Établissement, fondation et fiducie du Liechtenstein

De par leur forme d'organisation, l'établissement, la fondation et la fiducie tels qu'ils sont prévus par le droit du Liechtenstein présentent d'importantes différences par rapport à l'institution juridique du trust. De ce fait, il ne seront pas traités plus avant dans cette circulaire.

2.5. Convention de La Haye relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance

La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} juillet 2007. Elle permet la reconnaissance de trusts étrangers sur le plan du droit civil, en se fondant sur des normes reconnues internationalement, et améliore de ce fait la sécurité juridique dans ce domaine.

Le traitement fiscal des trusts reste déterminé exclusivement par le droit fiscal suisse. En effet, l'art. 19 de la Convention de La Haye prévoit expressément que la Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale. En conséquence, la ratification de la Convention de La Haye n'a pas d'effet sur le traitement fiscal des trusts.

3. Notions

3.1. Settlor

Le settlor est la personne qui constitue un trust, par un acte juridique entre vifs ou pour cause de mort. Pour autant que le settlor crée un trust irrévocable (irrevocable trust), il s'appauvrit définitivement et, en principe, il n'a plus ni droits ni obligations relativement au patrimoine du trust. Alternativement, le settlor peut créer un trust révocable (revocable trust). Il conserve alors une emprise sur le patrimoine du trust.

3.2. Beneficiary

Le beneficiary est la personne qui bénéficie des prestations du trust. Le settlor peut se désigner lui-même ou désigner toute autre personne physique ou morale du pays ou étrangère comme beneficiary. Les valeurs patrimoniales du trust peuvent être transmises au beneficiary du vivant du settlor ou après sa mort.

Le beneficiary peut faire valoir en justice aussi bien ses éventuelles prétentions à des prestations tirées des avoirs du trust que le respect des obligations des trustees relativement à l'administration du trust. Il dispose de la propriété économique sur le patrimoine du trust (en common law : equitable interest). Il a en outre un droit à la séparation des avoirs du trust dans le cadre de la faillite du trustee. Le beneficiary ne dispose donc pas uniquement d'une prétention qu'il peut faire valoir en justice relativement aux prestations, mais il a également certaines prérogatives de contrôle et de surveillance, ce qui lui confère la qualité d'une sorte d'organe. Si le patrimoine du trust vient à échapper au trustee, le beneficiary peut exiger la restitution de ces valeurs patrimoniales au trust, respectivement au trustee.

3.3. Trustee

Par la constitution d'un trust, des valeurs patrimoniales déterminées sont transférées à une ou plusieurs personnes physiques ou morales (trustees), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but établi à l'avance par le settlor. Le trustee a le plein pouvoir de disposition (propriété de droit civil) sur le patrimoine du trust mais il a l'obligation de le gérer au profit des beneficiaries, en application des dispositions du trust. Dans le cadre des dispositions du trust, il administre et utilise le patrimoine du trust en son propre nom, en tant que détenteur indépendant du droit à l'égard des tiers, mais séparément de sa propre fortune.

Le trustee a l'obligation envers les beneficiaries (et non envers le settlor) ainsi qu'envers un éventuel protector, de permettre l'accès aux écritures concernant l'administration et la gestion des affaires du trust.

3.4. Protector

Le protector est une personne physique ou morale qui peut être instituée par le settlor, s'il le désire, afin de surveiller l'exécution des obligations du trustee en conformité avec la volonté du settlor. Les pouvoirs et les fonctions du protector peuvent être plus ou moins importants, selon le choix du settlor. Ils sont déterminés en détail par les dispositions instituant le trust.

3.5. Trust deed

Du point de vue formel, le trust doit être créé par un acte de disposition en la forme écrite qui doit être signé par le settlor et le trustee (l'accord du trustee n'est cependant pas une condition nécessaire à la création du trust). Cet acte constitutif du trust (trust deed); qui lie le trustee, contient les dispositions concernant l'administration et la conservation de la valeur du patrimoine du trust en faveur des beneficiaries qui y sont institués.

3.6. Letter of wishes

Le settlor peut communiquer au trustee sa volonté et ses décisions par le biais d'une letter of wishes. Contrairement au trust deed, cette déclaration d'intention n'est pas obligatoire sur le plan juridique et ne représente donc qu'une description de la manière dont le settlor souhaite que le trust soit administré. Pour l'essentiel, la letter of wishes n'a une importance pratique que pour les trusts irrévocables et discrétionnaires.

3.7. Revocable / irrevocable trust

Il convient d'opérer une distinction entre revocable trusts et irrevocable trusts. De plus, pour ce qui concerne les irrevocable trusts on distingue les discretionary trusts des fixed interest trusts.

Pour déterminer leur traitement fiscal, la question décisive est de savoir si le settlor s'est définitivement "dessaisi" de son patrimoine de par la création du trust ou s'il a conservé une emprise sur le patrimoine du trust par le biais de mesures de nature économique ou juridique.

Pour autant que le settlor crée un irrevocable trust, il s'appauvrit définitivement et il n'a plus, en principe, ni droit ni obligation en relation avec le patrimoine du trust. Alternativement, le settlor peut créer un trust révocable. Ainsi, il n'y a généralement pas de dessaisissement définitif si le settlor s'est désigné lui-même comme trustee ou comme beneficiary. Le dessaisissement ne peut pas non plus être admis s'il existe une possibilité d'influence du settlor sur le trust, de quelque nature qu'elle puisse être. Les indices suivants (énumération exemplative en relation avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les fondations de famille) permettent d'opérer la distinction entre revocable trust et irrevocable trust :

Le settlor bénéficie-t-il

- de distributions de capital provenant du patrimoine du trust ?
- de distributions de revenus du patrimoine du trust ?

Le settlor a-t-il le droit

- de révoquer le trustee et d'en nommer un autre ?
- de désigner ou de faire désigner de nouveaux beneficiaries ?
- de remplacer le protector, lequel est doté de pouvoirs comparables à ceux d'un trustee ?
- de modifier l'acte constitutif du trust, respectivement de le faire modifier ?
- de révoquer le trust ?
- d'exiger la liquidation du trust ?
- d'opposer un veto aux décisions du trustee concernant les actifs du trust ?

Une réponse positive à l'une des questions ci-dessus tend à faire qualifier fiscalement le trust de revocable trust.

3.7.1. Revocable trust

Dans le cas d'un revocable trust, le settlor se réserve le droit de révoquer le trust à une date ultérieure et de se faire restituer le patrimoine résiduel, respectivement de faire attribuer celui-ci à un tiers. Le settlor ne s'est donc ainsi pas dessaisi définitivement de son patrimoine.

Ce n'est pas la désignation du trust dans l'acte constitutif (trust deed) qui est déterminante pour le traitement fiscal mais bien sa signification économique. Un trust qualifié d'irrévocable peut donc aussi bien tomber dans la catégorie des revocable trusts si le dessaisissement n'est pas définitif.

Les revocable trusts se transforment en irrevocable trusts à la mort du settlor, sauf si une autre personne possédait le droit de révocation ou si ce droit est transmis à un tiers au décès du settlor.

3.7.2. Irrevocable fixed interest trust

En ce qui concerne les fixed interest trusts, les détails touchant aux beneficiaries et aux droits qui leur sont conférés ressortent directement de l'acte constitutif du trust (trust deed). Dans ce type de trusts, le trustee ne possède donc pas de marge d'appréciation quant à l'attribution des revenus et/ou des actifs du trust. Le trustee n'a ni une possession économique ni un pouvoir de disposition autonome sur le patrimoine du trust. Par la création d'un irrevocable fixed interest trust, le settlor se dessaisit définitivement de sa fortune.

Contrairement au cas des discretionary trusts, pour lesquels les droits des beneficiaries n'ont qu'une nature de simple expectative, le beneficiary d'un fixed interest trust dispose d'une prétention patrimoniale qu'il peut faire valoir en justice. Par conséquent, le beneficiary d'un fixed interest trust peut être assimilé à un usufruitier.

3.7.3. Irrevocable discretionary trust

Dans la règle, l'acte de constitution (trust deed) d'un discretionary trust ne décrit que des classes abstraites de bénéficiaires. La décision déterminant qui, en définitive, doit entrer en possession des attributions du trust, est laissée au trustee.

Le settlor peut éventuellement exposer au trustee quelles motivations l'ont poussé à constituer un trust dans une letter of wishes et lui faire connaître, de manière non contraignante sur le plan juridique, la façon dont il devrait exercer ses compétences.

Si le settlor accorde une importance particulière à certains points déterminés, il peut être prévu dans le trust deed que certaines décisions du trustee nécessitent l'accord préalable d'un protector.

Aucun enrichissement du beneficiary ne se produit au moment de la création d'un discretionary trust car on ne peut alors pas encore déterminer quelles personnes entreront effectivement en possession d'une attribution du trust, pas plus que l'importance et le moment de cette attribution. Les droits du beneficiary n'ont donc qu'une nature de simples expectatives.

4. Traitement fiscal du trust, du trustee et du protector

4.1. Traitement fiscal du trust

Le droit étranger n'octroie pas la personnalité juridique au trust. En se référant au droit international privé (LDIP, théorie de l'incorporation), le droit fiscal suisse ne peut pas non plus la lui conférer.

Un trust n'est pas non plus une "personne morale étrangère" au sens de l'art. 49, al. 3 LIFD et de l'art. 20, al. 2 LHID car ces dispositions légales ne visent que des communautés de personnes auxquelles le droit privé suisse confère une personnalité juridique. Or le droit privé suisse ne confère pas de personnalité juridique au trust.

Suivant l'avis de la doctrine majoritaire, un trust ne rentre pas non plus dans le champ d'application des art. 11 LIFD et 20, al. 2 LHID. La qualification fiscale autonome prévue par ces dispositions ne vise que des entités dont les membres sont liés par une "relation personnelle". Il s'agit là, par exemple, de communautés d'héritiers ou de "partnerships" de droit anglo-saxon. Cet aspect communautaire typique de ces entités n'existe pas pour le trust.

Dans le droit fiscal suisse actuel, il n'existe donc pas de base légale qui permettrait d'assimiler un trust étranger à une personne morale dans un contexte fiscal. Par conséquent, on doit en conclure que la question de l'assujettissement limité ou illimité du trust (par exemple en se fondant sur le fait qu'un ou plusieurs trustees séjournent en Suisse) ne se pose pas du tout.

4.2. Traitement fiscal du trustee et du protector

En principe, le patrimoine dévolu au trust et les revenus qui en découlent ne doivent pas être imposés dans le chef du trustee. Ce point de vue est conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive économique. Ce principe garantit qu'un contribuable ne peut se voir imputer aucun élément de revenu ou de fortune sur lequel il n'a pas de pouvoir de disposition. Du point de vue économique, malgré sa propriété formelle, le trustee n'a pas de droit sur ce patrimoine.¹ En outre, le trustee n'assume les risques que dans le cadre de sa responsabilité pour une gestion diligente, en analogie avec ce que prévoit le droit du mandat.

Ce qui précède a pour conséquence que la question du lieu de l'administration effective, utilisée parfois au sein de la doctrine comme justification de l'absence d'assujettissement du trustee, ne se pose pas non plus.

¹ Voir sur ce point la distinction entre "legal interest" et "equitable interest", sous chiffre 2.1, respectivement 3.2.

Ces développements valent également pour la personne physique ou morale agissant comme protector d'un trust et dont le domicile, respectivement le siège statutaire ou l'administration effective, se trouvent en Suisse. Une personne n'assumant que la fonction de protector n'a pas plus de droits que le trustee sur les avoirs du trust, que ce soit du point de vue juridique ou économique. Par conséquent, ces avoirs ne peuvent pas lui être imputés.

Il est clair, en revanche, que les honoraires, respectivement les "fees", que le trustee ou le protector obtient en échange de son activité doivent être comptabilisés et sont imposables. Ils doivent en outre être exposés en détail et être vérifiables.

5. Traitement fiscal du settlor et du beneficiary

Les possibilités d'implication d'un trust dans un état de fait sont extrêmement variées. Il n'est donc pas possible d'exposer le traitement fiscal de chaque cas de figure. On se contentera donc, dans ce qui suit, de décrire les principes applicables à l'imposition individuelle du settlor et du beneficiary. On partira de l'hypothèse qu'il s'agit de cas de planification successorale ou d'"asset protection" pour une personne physique (cas d'application les plus fréquents).

5.1. Principes applicables au traitement fiscal

Pour leur imposition, les valeurs patrimoniales et les revenus du trust (capital, gains en capital, rendements courants) restent imputables aux beneficiaries ou au settlor (principe de la transparence). Cela découle du fait que, selon le droit fiscal suisse en vigueur, les valeurs patrimoniales concernées ne peuvent être attribuées ni au trust ni au trustee.²

En droit fiscal suisse, le revenu est défini par la théorie dite de l'accroissement du patrimoine, qui qualifie de revenu toute "entrée" dans la fortune nette (y compris les droits d'usage) intervenue pendant une période donnée. De plus, le revenu est considéré comme "entré" dans le patrimoine non au moment où il prend naissance mais seulement au moment de sa réalisation. Selon une doctrine et une pratique constantes, le revenu n'est, en général, considéré comme "entré" dans le patrimoine et acquis, qu'au moment où le contribuable reçoit une prestation ou acquiert un droit ferme, dont il peut effectivement disposer, à cette prestation, sauf si l'exécution de la prestation est particulièrement incertaine. Dans ce dernier cas, il convient de s'en tenir au moment de l'exécution effective. L'acquisition complète d'un droit, qui peut consister dans l'acquisition d'une créance ou de la propriété, est la condition de "l'entrée" dans le patrimoine, déterminante fiscalement. De simples expectatives ou des créances soumises à condition ne conduisent pas à la réalisation d'un revenu.

En principe, en vertu de la clause générale de revenu (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID), toutes les prestations provenant d'un trust constituent un revenu imposable pour le bénéficiaire, sauf s'il s'agit d'une donation (art. 24 let. a LIFD et art. 7 al. 4 let. c LHID).

En outre, la notion de donation ne correspond pas aux définitions des lois cantonales non harmonisées sur les impôts sur les donations et sur les successions. Elle se définit plutôt par délimitation par rapport au concept de revenu (imposable) établi par la LIFD et la LHID. Cette notion s'appuie sur le droit civil, selon lequel une donation présuppose la réalisation de quatre conditions, à savoir une attribution entre vifs, un enrichissement provenant du patrimoine d'un tiers, la gratuité et une volonté de donner, respectivement de procurer un avantage.

² Voir plus haut, ch. 4.

Selon la doctrine et la jurisprudence, on applique, dans la procédure de taxation, le principe généralement reconnu selon lequel l'autorité fiscale supporte le fardeau de la preuve des faits qui fondent la créance d'impôt, tandis que le contribuable supporte le fardeau de la preuve des faits qui diminuent ou suppriment la créance d'impôt.

Au reste, les états de fait constitutifs d'évasion fiscale ou d'abus demeurent réservés.

5.1.1. Traitement du settlor

5.1.1.1 En général

L'imposition du settlor dépend du fait qu'il constitue un revocable trust ou un irrevocable trust. A la différence du cas de l'irrevocable trust, le settlor qui constitue un revocable trust ne se dessaisit pas définitivement du patrimoine attribué au trust. Voir l'exemple sous chiffre 5.2.

5.1.1.2 Settlor domicilié en Suisse

Dans la plupart des cas, le settlor est domicilié à l'étranger au moment de la création du trust mais il peut aussi être domicilié en Suisse. Si le settlor est domicilié en Suisse, un appauvrissement du settlor n'existera, selon le droit fiscal suisse, que si un autre sujet fiscal se trouve enrichi. Cela ne se produit que lors de la création d'un irrevocable fixed interest trust (voir chiffre 5.1.2). Dans tous les autres cas, le patrimoine et ses rendements demeureront attribués au settlor (voir également l'art. 335 CC et la réserve générale de l'évasion fiscale). Cette attribution intervient sous réserve de l'imposition d'après la dépense (art. 14 LIFD et art. 6 LHID), car dans ce cas seuls la fortune en Suisse et les rendements de fortune de source suisse sont pris en compte dans le calcul de contrôle.

5.1.2. Traitement du beneficiary

Dans le cas d'un irrevocable fixed interest trust, le cercle des bénéficiaires ainsi que l'importance et le moment des distributions aux beneficiaries sont déterminés. Du fait qu'un droit existe et est connu, une part correspondante du patrimoine du trust peut être attribuée au beneficiary. Au moment de la distribution, il convient d'examiner s'il s'agit d'un revenu imposable ou d'une donation exonérée de l'impôt sur le revenu (art. 24 let. a LIFD; art. 7 al. 4 let. c LHID).

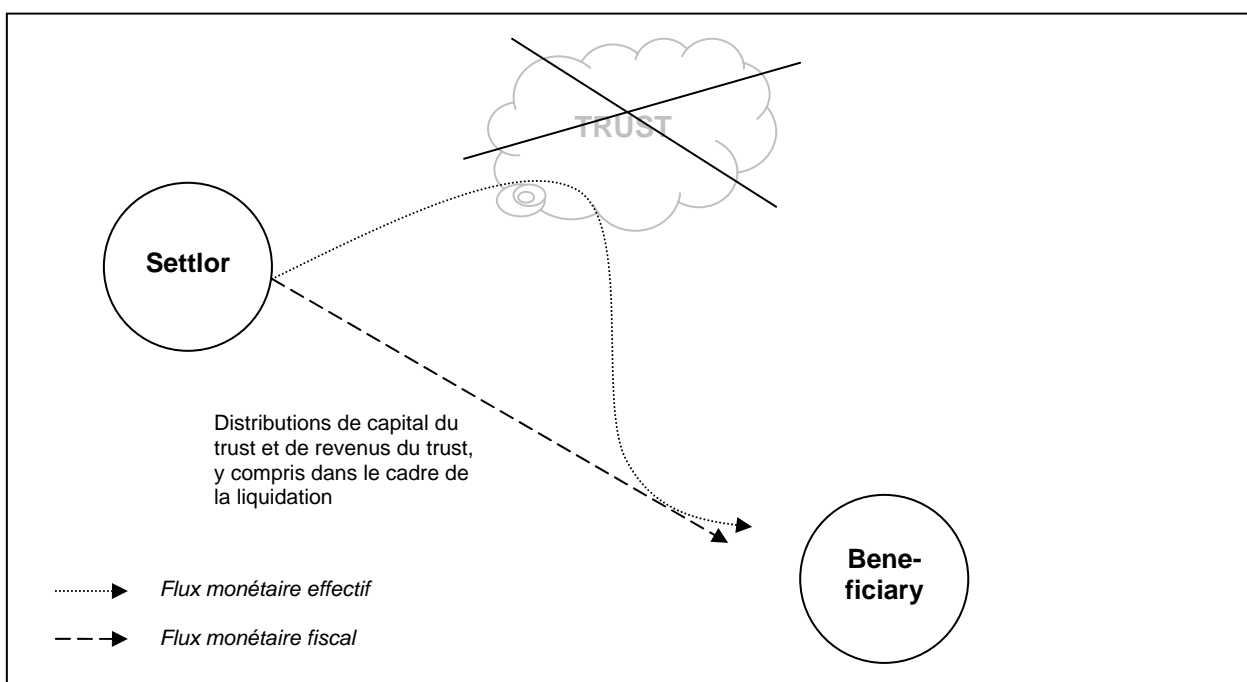
Les droits des beneficiaries d'un irrevocable discretionary trust n'ont qu'une nature de simple expectative. Le moment et le montant des éventuelles distributions ne sont pas déterminés car ces points relèvent du pouvoir d'appréciation du trustee. Les beneficiaries ignorent même parfois leur qualité de bénéficiaires d'un trust. Pour cette raison, une distribution ne peut être soumise à l'imposition qu'au moment du paiement effectif de la prestation. C'est alors qu'il conviendra d'examiner s'il s'agit d'un revenu imposable ou d'une donation exonérée de l'impôt sur le revenu (art. 24 let. a LIFD; art. 7 al. 4 let. c LHID). Dans les cas les moins répandus où le montant et le moment des distributions ont été déterminés d'une façon juridiquement obligatoire, ou si ces distributions interviennent de manière régulière, on peut appliquer le même traitement que pour les fixed interest trusts. Voir l'exemple sous chiffre 5.2.

5.2. Exemples

Du fait de la grande diversité des cas, les exemples ne peuvent pas traiter toutes les variantes. Ils se limitent à exposer le traitement fiscal applicable aux trois variantes de base (revocable trust, irrevocable fixed interest trust, irrevocable discretionary trust). Ce traitement est déterminé en application des principes fiscaux décrits plus haut. On part de l'hypothèse que le settlor crée le trust de son vivant (inter vivos Trust) et qu'il s'agit d'un cas de planification successorale ou d'"asset protection" (préservation d'actifs) pour une personne physique (cas d'application les plus fréquents). En outre, il convient de tenir compte de la réserve émise au chiffre 5.1.1.2.

5.2.1. Revocable trust

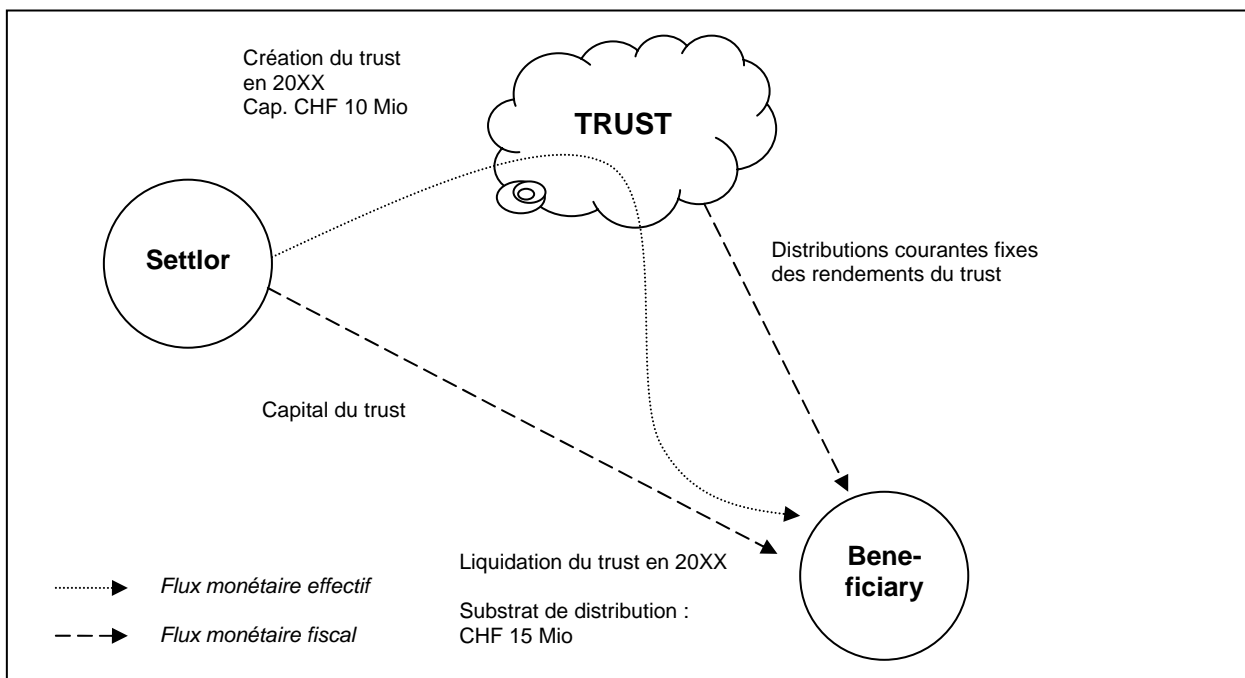
On procédera à un traitement fiscal en transparence car il n'y a pas de dessaisissement définitif portant sur le patrimoine du trust (attribution du patrimoine du trust et de ses rendements au settlor). Il en résulte le traitement fiscal suivant :



Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	Pas de conséquences fiscales. Le patrimoine et ses revenus restent imposables dans le chef du settlor, à son domicile.
Distributions au beneficiary	On est en présence d'une donation. La détermination du taux d'imposition relève de la compétence des cantons.
Liquidation	En cas de retour au settlor : pas d'imposition. En cas de distribution au beneficiary, voir ci-dessus : distributions au beneficiary.

5.2.2. Irrevocable, fixed interest trust

Le beneficiary du trust peut être assimilé à un usufruitier (voir Archives de droit fiscal suisse 55, p. 657 ss.), en conséquence de quoi le patrimoine et les revenus du trust lui sont attribués fiscalement. Il en résulte le traitement fiscal suivant :



Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	On est en présence d'une donation du settlor au beneficiary à hauteur du capital du trust. ³ La détermination du taux d'imposition relève de la compétence des cantons.
Distributions au beneficiary	Les distributions au beneficiary constituent en principe un revenu imposable (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID). En outre, le revenu est considéré comme réalisé au moment où le bénéficiaire acquiert un droit ferme sur les revenus du trust ou au moment où il encaisse la prestation. Le beneficiary est soumis à l'impôt sur la fortune pour sa part au patrimoine du trust. Si cette part ne peut pas être déterminée, le revenu qu'il en tire peut être capitalisé. ⁴ Il découle de l'imputation fiscale du patrimoine du trust au beneficiary que la distribution de gains en capital (pour autant qu'il s'agisse de fortune privée) et de capital initial du trust n'est pas imposée (art. 16, al. 3 LIFD et art. 7, al. 4, let. b LHID, respectivement art. 24 let. a LIFD et art. 7, al. 4, let. c LHID). Si la preuve qu'il s'agit, dans le cas concret, d'un

³ Dans la mesure où la souveraineté fiscale est admise en application de la législation cantonale.

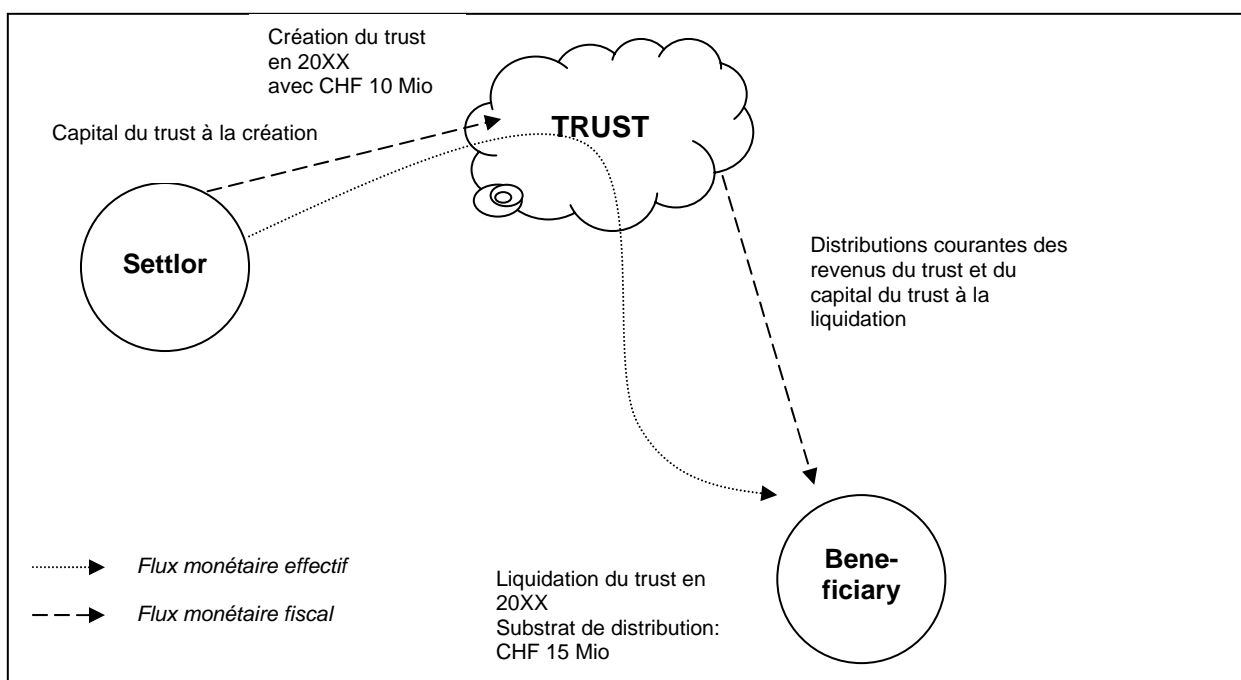
⁴ Par exemple en appliquant les taux de capitalisation établis par la liste des cours de l'AFC.

	<p>gain en capital ou d'une distribution du capital initial du trust ne peut pas être apportée, on appliquera le principe général selon lequel l'intégralité de la distribution représente un revenu imposable.</p> <p>Le trust est, de par sa nature juridique, une entité durable, si bien que le capital ne peut être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.</p>
Liquidation	Pour le traitement du bénéfice de liquidation, voir ci-dessus : distributions au beneficiary.

5.2.3. Irrevocable, discretionary trust

Si le settlor est domicilié en Suisse au moment de la création du trust, le patrimoine du trust et ses rendements restent attribués au settlor (voir chiffre 5.1.1.2). Les conséquences fiscales sont ainsi les mêmes que pour un revocable trust (voir chiffre 5.2.1).

Si le settlor est domicilié à l'étranger au moment de la création du trust, le patrimoine du trust ne peut être imputé ni au settlor ni au beneficiary (sur la question de savoir s'il s'agit effectivement d'un irrevocable discretionary trust, voir plus haut, chiffre 3.7). Il en résulte les principes de traitement fiscal suivants :



Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	Le transfert du patrimoine du settlor au trust, respectivement aux trustees, vaut donation du settlor à hauteur du capital du trust.
Distributions au beneficiary	<p>Le beneficiary n'est pas imposé en ce qui concerne l'impôt sur la fortune sur les actifs du trust.</p> <p>Les distributions au beneficiary provenant du patrimoine du trust ne peuvent être imposées qu'au moment de leur</p>

	<p>versement, respectivement de l'obtention d'un droit ferme à la prestation.</p> <p>Les distributions doivent en principe être considérées comme un revenu du beneficiary (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID). Ce revenu sera imposé sous réserve que la preuve soit faite qu'il ne s'agit pas d'un revenu ou que seule une part de la distribution constitue un revenu (preuve qu'il s'agit de capital initial du trust, qui a déjà été traité comme donation lors de l'apport au trust; art. 24, let. a LIFD et art. 7, al. 4, let. c LHID; cette constatation ne se réfère qu'au capital apporté lors de la création du trust ou ultérieurement et le contribuable supporte le fardeau de la preuve).</p> <p>En outre, il convient de tenir compte du fait que le trust est, de par sa nature juridique, une entité durable, si bien que le capital ne peut être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.</p> <p>Du fait que le patrimoine du trust n'est pas imputé fiscalement au beneficiary, on ne peut exonérer de l'impôt tout ou partie de la distribution en qualité de gain en capital de la fortune privée du beneficiary.</p>
Liquidation	Pour le traitement du bénéfice de liquidation, voir ci-dessus : distributions au beneficiary.

6. Obligations d'informer et de collaborer

Les settlors, trustees et beneficiaries assujettis fiscalement en Suisse ont l'obligation, en vertu de l'art. 126 LIFD, respectivement de l'art. 42 LHID, de communiquer toutes les informations nécessaires, ainsi que de fournir tous les documents, justificatifs ou attestations de tiers, pour justifier de l'existence du trust et des prestations appréciables en argent, respectivement des dépenses, correspondantes.

Il convient d'ajouter que, dans le cadre d'un examen des faits lors d'un contrôle fiscal externe, le trustee ne peut pas invoquer le secret professionnel. Il a l'obligation de dévoiler la totalité des documents concernant le trust. Cela vaut également dans les cas où le trustee est un avocat, car l'administration de trust ne fait pas partie de l'activité d'avocat proprement dite.

7. Informations relatives à l'impôt anticipé

La pratique de l'administration fédérale des contributions (AFC) est exposée ci-dessous.

7.1. Rendements de fortune provenant du patrimoine du trust

Les distributions du trust aux beneficiaries ne peuvent pas être soumises à l'impôt anticipé car les trusts ne sont pas mentionnés à l'art. 4, al. 1 LIA.

7.2. Remboursement de l'impôt anticipé

Du fait de l'absence de personnalité juridique, le trust ne peut pas exiger lui-même le remboursement de l'impôt anticipé. Faute de posséder la personnalité juridique, le trust ne peut pas non plus être qualifié de société commerciale ayant droit au remboursement.⁵ L'art. 55, let. c OIA ne peut pas non plus s'appliquer au trust car celui-ci ne constitue pas une "masse de biens".

Les explications développées plus bas sous chiffre 8 ("conventions visant à prévenir la double imposition") demeurent réservées pour les rapports internationaux.

7.2.1. Revocable trust

Du point de vue du droit fiscal, un trust révocable doit être attribué au settlor qui, sous réserve d'un cas d'évasion fiscale, doit être qualifié de titulaire du droit d'usage. Dans ce cadre, le settlor doit remplir les conditions qui lui permettent d'obtenir le remboursement de l'impôt anticipé perçu sur les revenus du patrimoine du trust.

7.2.2. Irrevocable fixed interest trust

Pour autant que le trustee puisse prouver l'existence du rapport de trust par la production de l'acte de constitution du trust (trust deed), le patrimoine du trust ne doit pas lui être imputé fiscalement. Dans un tel cas, le beneficiary est considéré comme le titulaire du droit d'usage. Si le beneficiary était domicilié en Suisse au moment de l'échéance de la prestation imposable (art. 22, al. 1 LIA), il peut exiger le remboursement de l'impôt anticipé en appliquant par analogie la réglementation concernant les rapports de fiducie (art. 61, al. 2 OIA).

7.2.3. Irrevocable discretionary trust

Dans le cas des discretionary trusts, l'acte de constitution du trust n'octroie pas au beneficiary une prétention aux distributions du trust. Au contraire, le trustee est doté d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer quand il souhaite opérer le versement du montant de son choix en faveur des beneficiaries figurant dans l'acte de constitution. Entre le moment de la création du trust et celui d'une distribution effective, ni le patrimoine du trust ni les revenus qui en sont tirés ne peuvent être imputés aux beneficiaries; il ne s'agit que de simples expectatives. Le patrimoine du trust ne peut pas non plus être attribué fiscalement au settlor car celui-ci s'est dessaisi définitivement de la fortune dévolue au trust. Aussi longtemps que le patrimoine du trust ne peut être imputé fiscalement à personne, et donc jusqu'au moment d'une distribution effective, il n'existe pas de possibilité de remboursement de l'impôt anticipé. Cette pratique est en accord avec le traitement appliqué au niveau des impôts directs selon lequel aucune emprise fiscale n'est possible dans un discretionary trust avant une distribution effective.

⁵ Voir plus haut, chiffre 4.1.

Si le settlor est domicilié en Suisse au moment de la création du trust, étant donné l'absence d'enrichissement d'un autre sujet fiscal, le settlor ne subit pas d'appauvrissement, ce qui a pour conséquence que le patrimoine du trust et ses rendements restent attribués au settlor. Par conséquent, pour le remboursement de l'impôt anticipé, la même réglementation que pour un revocable trust est applicable et le settlor doit remplir les conditions qui lui donnent droit à la restitution de l'impôt anticipé perçu sur les rendements du patrimoine du trust.

8. Informations relatives aux conventions visant à prévenir la double imposition (CDI)

8.1. En général

Les conventions de double imposition conclues par la Suisse règlent le droit au remboursement de l'impôt anticipé suisse sur les dividendes et intérêts versés à des résidents étrangers, ainsi que le droit au remboursement de l'impôt à la source étranger en faveur de résidents de Suisse.

Le trust n'étant pas une « personne » en droit suisse, l'application des dispositions conventionnelles ne saurait être envisagée de manière uniforme. Les cas d'application sont étudiés concrètement lors de leur survenance en fonction des conventions applicables.

Certaines d'entre elles, comme la CDI-USA, la CDI-CDN et la CDI-UK (par interprétation) contiennent des normes concernant le trust (notamment prévoient que le trust est une « personne » au sens de la convention), mais cette seule disposition ne signifie pas encore qu'un remboursement puisse être effectué. Le bénéfice des traités est accordé aux personnes qui a) sont des résidents au sens fiscal du terme d'après le traité et b) qui sont les bénéficiaires effectifs des revenus.

8.2. Remboursement de l'impôt anticipé suisse

En présence d'une demande de remboursement présentée par un trust de droit étranger, la pratique de l'AFC consiste à examiner dans un premier temps si au regard de la législation de cet Etat le trust est une « personne » qui est résidente fiscale de cet état (assujettissement à l'impôt), au titre de l'entité elle-même ou au titre d'un ou plusieurs trustees résidents de cet Etat impliquant un assujettissement aux impôts de cet Etat. Dans un tel cas, l'AFC retient pour correcte l'application des dispositions (dividendes, intérêts) de la convention applicable en vue de réduire la double imposition et rembourse partiellement l'impôt anticipé suisse ; le fait que le « trust » ne soit pas une personne au sens du droit suisse (et pas nécessairement au sens de la convention) est moins relevant en l'espèce que le fait qu'il y ait une personne entièrement assujettie aux impôts ordinaires dans l'autre Etat.

La question est plus délicate lorsqu'un trust est assujetti à l'impôt ordinaire dans un Etat partenaire à une convention de double imposition, mais un mécanisme de déduction des revenus transférés aux bénéficiaires ou de crédit d'impôt pourrait aboutir à une transparence de fait, générale ou partielle en relation avec certains revenus (et une non imposition). Dans cette hypothèse, il se pourrait que des personnes qui n'auraient pas droit aux bénéfices de la convention (non-résidents de l'Etat du trust qui présente la demande de remboursement) soient les bénéficiaires effectifs des revenus de source suisse. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres qui illustre la difficulté d'appliquer les dispositions conventionnelles et la nécessité d'examiner chaque cas concret à la lumière de la CDI applicable. Dans tous les cas, il appartient au bénéficiaire étranger ou toute autre personne qui se prévaut d'une convention de double

imposition de fournir à l'Administration fédérale des contributions les informations nécessaires au traitement de sa demande.

8.3. Remboursement de l'impôt étranger

La Suisse ne connaît pas l'institution du « trust », de sorte que la question d'une demande de remboursement de l'impôt étranger selon une CDI par un trust résident de suisse ne se pose pas. En revanche, du moment que le fisc suisse impose les bénéficiaires de revenus de trusts résidents de Suisse, la question peut se poser pour un bénéficiaire qui ferait valoir un droit (ev. au pro rata) au remboursement partiel d'un impôt étranger à la source sur un revenu qui lui a été versé (transmis) par un trust.

Dans une telle hypothèse, du strict point de vue de l'administration fiscale suisse, si la personne qui présente la demande est assujettie aux impôts ordinaires suisses et si le revenu en question lui a été attribué en application de la loi et des principes d'imposition spécifiés dans la présente circulaire, l'administration fiscale suisse atteste la demande et, selon la procédure prévue dans le cas d'espèce, la renvoie au bénéficiaire ou l'achemine à l'autorité fiscale étrangère compétente de l'Etat de la source des revenus qui a prélevé l'impôt à la source. La mesure dans laquelle il sera ensuite effectivement donné suite à cette demande de remboursement par cet Etat dépendra, le cas échéant, de la qualification retenue par ce dernier pour les revenus distribués à des trusts, respectivement au trust en question ou ses bénéficiaires.

8.4. Accord avec la CE sur la fiscalité de l'épargne

Les explications afférentes aux « trusts » qui se trouvent dans les Directives de l'AFC relatives à la fiscalité de l'épargne du 24 juin 2005 n'ont de portée que pour l'application de la retenue d'impôt et pour la déclaration volontaire dans le cadre de l'Accord passé avec la Communauté européenne.