

Les trusts, une chance pour la place financière suisse

Les trusts jouent un rôle toujours plus important dans la gestion de fortune. La Suisse renforcerait sa place financière en introduisant cet instrument. *Nicole Willimann Vyskocil*

Abrégé L'abandon du secret bancaire dans la gestion de fortune transfrontalière et les réglementations qui en ont découlé ont eu un impact sensible sur la place financière helvétique. Cette dernière gagnerait nettement en attractivité si la Suisse, qui demeure au premier chef une place bancaire, devenait une place de gestion de fortune complète. À moyen terme, elle devra créer un instrument de structuration de patrimoine et de planification successorale si elle ne veut pas rater le coche. L'introduction d'un droit suisse des trusts et la révision du droit des fondations permettraient de combler le manque, dans le système juridique helvétique, d'une structuration de patrimoine flexible sur le territoire national.

La place financière suisse est sous pression. Elle doit démontrer, dans l'environnement international, qu'elle a plus à offrir que de la discrétion. La perte de terrain dans les affaires financières internationales, induite par l'abandon du secret bancaire, ne peut pas être compensée sur le marché domestique. Contrairement à la Suisse, toutes les places financières concurrentes misent sur des véhicules de structuration du patrimoine. Dans ce contexte, les trusts jouent un rôle toujours plus important.

Le trust est un rapport juridique par lequel un constituant («settlor») transfère la propriété de valeurs patrimoniales à un fiduciaire («trustee»). Cet acte implique l'obligation de gérer et d'utiliser ces valeurs patrimoniales au profit de certains bénéficiaires. Contrairement aux fondations, les trusts n'ont pas de personnalité juridique propre. Les valeurs patrimoniales constituent un fonds spécial distinct qui n'intègre pas le patrimoine du fiduciaire.

Les trusts interviennent souvent comme instruments de planification successorale, pour dissocier et protéger un patrimoine (voir *encadré*). Ils sont surtout répandus dans les pays influencés par la culture anglo-saxonne qui appliquent le droit coutumier (Grande-Bretagne, États-Unis, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, etc.). Mais des

États de tradition juridique romano-germanique tels que le Japon, le Mexique, Malte, le Liechtenstein ou la Hongrie ont introduit les trusts dans leur système juridique.

Depuis la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts en 2007, la forme juridique du trust est également reconnue en Suisse. Notre pays ne connaît toutefois pas de droit sur les trusts proprement dit.

L'intensification de la concurrence entre les places financières dans le domaine de la gestion de fortune a joué un rôle décisif dans le lancement de deux interventions politiques récentes qui traitent de l'intégration de l'institution du trust dans la législation suisse. En mars 2019, le Parlement a donné au Conseil fédéral le mandat contraignant de créer les bases juridiques d'un trust suisse¹. Le Conseil national avait auparavant chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport sur les avantages et les inconvénients d'une éventuelle inscription de l'institution du trust dans le droit privé suisse. Le Conseil fédéral attend maintenant le rapport du groupe d'experts avant de décider des prochaines étapes.

Les différentes formes de trust

Il existe différentes formes de trusts (ou «fiducies»). Le constituant («settlor») peut par exemple instituer le trust de manière irrévocable ou révocable. Dans ce dernier cas, le constituant garde l'accès au patrimoine du trust. Le trust discrétionnaire constitue un autre exemple : les bénéficiaires ne sont alors désignés qu'abstraitemment dans l'acte de constitution du trust et le fiduciaire («trustee») dispose d'une grande marge d'appréciation pour déterminer qui, dans le cercle des bénéficiaires, recevra quelle part du patrimoine du trust et à quel moment. Il en va autrement dans le trust à intérêt fixe («fixed interest trust»), dont l'acte de constitution définit précisément les bénéficiaires et les montants, ne laissant aucune marge d'appréciation au fiduciaire. Cette variété de trusts offre au constituant la possibilité de configurer le trust qu'il crée en l'adaptant à ses besoins.

¹ Motion CAJ-CE, *Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse* (18.3383).



Les trusts permettent aux familles de planifier les successions.

Outre l'introduction de l'institution du trust dans le droit privé suisse, le rapport d'experts présentera d'autres idées visant à mettre en œuvre la structuration de patrimoine sur le territoire national, comme la codification du contrat fiduciaire en faveur de tiers et la révision du droit suisse des fondations.

La fondation de famille n'est pas une alternative

L'introduction de l'échange automatique de renseignements (EAR) a conféré un nouveau sens à la protection de la sphère privée et à la sauvegarde du patrimoine de génération en génération, ainsi qu'à sa protection contre les menaces potentielles. On ne peut donc plus imaginer la réalité économique de la Suisse sans trusts ni fondations de famille permettant de structurer le patrimoine dans le cadre de planifications successorales internationales. Ainsi, une part importante des valeurs patrimoniales déposées auprès des banques suisses

sont déjà détenues sous forme de structures de patrimoine.

Ces dernières années, le législateur et les tribunaux ont également beaucoup traité des trusts (étrangers). La jurisprudence suisse est riche en la matière. Actuellement, la fondation de famille est le seul instrument de droit suisse permettant de planifier le patrimoine et les successions. Toutefois, cette structure ne peut être affectée qu'à des usages limités détaillés dans la loi. Ainsi, une fondation de famille en Suisse ne peut pas être créée à titre de fondation d'entretien pour fournir, sur plusieurs générations, une aide au démarrage ou d'autres formes de soutien aux membres de la famille. Le cercle des bénéficiaires potentiels est en outre très limité, ce qui ne correspond plus aux enjeux de la société actuelle.

Compte tenu de sa flexibilité limitée, la fondation de famille ne constitue pas une option adéquate pour structurer un patrimoine. Les prestataires de services financiers suisses sont donc contraints de recourir à des instruments

provenant de l'étranger. Par exemple, la fondation de famille liechtensteinoise est beaucoup plus flexible que la variante helvétique. Dans un jugement de 2009, le Tribunal fédéral a arrêté que les personnes domiciliées en Suisse peuvent utiliser la fondation de famille de la Principauté pour les objectifs que le droit suisse des fondations ne permet pas. En cas de procédure juridique, cette situation peut toutefois s'avérer préjudiciable en raison des juridictions différentes.

La transparence, un avantage

La place financière suisse a, plusieurs fois déjà, été associée défavorablement à des fuites ou à des scandales concernant des structures de patrimoine étrangères. Pour y remédier, le meilleur moyen de prévenir les abus est de contrôler et de surveiller les prestataires de services financiers concernés. Cette mesure ne peut réussir que si des structures de patrimoine sont proposées depuis la Suisse. Des normes juridiques nationales claires sont donc nécessaires.

L'EAR et l'introduction de la loi sur les établissements financiers (LEFin), qui entrera en vigueur en 2020, accroissent la transparence et les contrôles dans le secteur financier. Le fait que les fiduciaires («trustees») soient maintenant soumis aux mêmes devoirs de diligence que les gestionnaires de fortune garantit que les trusts ne soient pas utilisés abusivement à des fins indésirables. Cette situation renforce la réputation de la place financière.

Les places financières concurrentes opèrent aujourd'hui fructueusement sur la scène internationale dans le domaine des services complets de gestion de patrimoine, qui incluent leurs propres structures de patrimoine. Les gestionnaires de fortune suisses marquent des points auprès de leurs clients grâce à la stabilité politique et économique du pays. Associées à cette stabilité, l'expertise et la qualité du service constituent les conditions idéales pour un site d'implantation et une place financière solides. L'ancrage d'un instrument de structuration de patrimoine permettrait de combler une lacune dans le système juridique et dans l'offre des prestataires de services financiers,

tout en contribuant à une meilleure cohérence. Les prestataires suisses ne seraient plus réduits à opérer avec les seuls instruments de droit étranger, mais pourraient proposer une solution helvétique et éliminer ainsi un désavantage concurrentiel dans la chaîne de création de valeur.

Une solution suisse serait aussi avantageuse sachant que les valeurs patrimoniales sont de plus en plus souvent détenues à l'endroit où les structures patrimoniales sont mises en place. Des potentiels supplémentaires pour la gestion de fortune suisse en résulteraient.

La place financière suisse en profite

Pour autant que sa conception soit moderne et adaptée aux nouvelles réalités, l'introduction du trust dans l'ordre juridique suisse renforcerait le site d'implantation et la place financière helvétiques. Il en va de même pour la révision du droit des fondations et de la codification du contrat fiduciaire en faveur de tiers.

C'est pourquoi les places financières qui rencontrent aujourd'hui du succès en proposant des services de structuration de patrimoine craignent l'entrée de la Suisse dans ce domaine et la perte qu'elle entraînera dans leur propre création de valeur. Si la Suisse parvenait en outre à intégrer le droit des trusts dans la réglementation légale de la procédure arbitrale, elle posséderait une nette longueur d'avance sur tous ses concurrents et deviendrait ainsi la place idéale de structuration de patrimoine juridiquement fiable.



Nicole Willimann Vyskocil

Avocate, spécialiste en fiducie et en succession (TEP), partenaire et cheffe Services juridiques Clients privés Suisse (Private Clients Legal Switzerland), KPMG, Zoug