

Le trust et la fondation après la réforme du droit des fondations et de la fiscalité

Auteur

Thomas Zwiefelhofer, docteur en droit

Dans cette édition:

- Le trust et la fondation après la réforme du droit des fondations et de la fiscalité

Auteur

Thomas Zwiefelhofer,
docteur en droit, membre
de la direction, ATU

- La structure patrimoniale privée (SPP) – application pratique et questions d'interprétation

Auteur

Ralph Thiede, lic. en droit, expert
diplômé fiscal et responsable
de la centrale du service spécialisé
impôts, ATU

Au Liechtenstein, c'est depuis 1926 qu'il est possible de structurer le patrimoine en recourant à un trust ou à une fondation. On considère aujourd'hui que l'introduction, à cette époque, du trust de common law dans le droit liechtensteinois ainsi que l'adoption simultanée de la codification juridique de la fondation de droit liechtensteinois ainsi que d'autres formes juridiques uniques en leur genre, p. ex. celle de l'Anstalt (l'établissement de droit liechten-

steinois), constituent une base décisive à l'origine de l'essor économique de la place financière du Liechtenstein. De nombreux et fréquents exposés ont déjà été publiés sur les différences qui distinguent trust et fondation. Toutefois, compte tenu des plus récentes réformes du droit liechtensteinois des fondations et de la fiscalité, une brève réappréciation de la situation, ou bien un complément relatif à ces différences nous semblent appropriés.

	Trust	Fondation
Forme juridique/ statut patrimonial	Patrimoine spécial qui est propriété du trustee sans personnalité juridique	Entité disposant de son propre patrimoine, dotée de la personnalité juridique
Organes/fonctions	Trustee, évtl. protecteur (ce ne sont pas des organes au sens du droit des sociétés)	Conseil de fondation, évtl. protecteur, autres organes possibles
Activités commerciales	Des activités commerciales ou non commerciales sont autorisées	Activités commerciales uniquement autorisées pour atteindre des objectifs non commerciaux
Capital/patrimoine minimum	Pas de capital minimum, il est fréquent qu'un petit patrimoine initial soit défini (p. ex. CHF 1'000)	Capital minimum de CHF 30'000 (ou EUR ou USD)
Enregistrement	Enregistrement (non constitutif, indications minimales) ou dépôt (acte authentique de trust)	Dépôt de l'avis de constitution ou enregistrement (constitutif)
Bénéficiaires	Directement défini dans l'acte authentique de trust ou dans les annexes	En règle générale, défini dans des statuts complémentaires séparés

Structure patrimoniale et asset protection, family office, planification des successions, conseil fiscal international et planification fiscale, conseil juridique, trusts, fondations et sociétés, holdings et exploitation de brevets. En point de mire : le trust et la fondation après la réforme du droit des fondations et de la fiscalité. SPP – application pratique et questions d'interprétation. Exécution de transactions internationales, choix de l'institut bancaire, fonds de placement et assurances, comptabilité et clôture annuelle, transfert de domicile, structure patrimoniale et asset protection, family office, planification des successions, conseil fiscal international et planification fiscale, conseil juridique, trusts, fondations et sociétés, holdings et exploitation de brevets, exécution de

Point communs et différences connus

Afin de vous fournir un aperçu succinct, les principales différences que nous connaissons entre le trust et la fondation sont indiquées sur la page 1.

Le fait que des actes créant le trust (trust instrument) sont, la plupart du temps, formulés de manière plus exhaustive que les documents de fondation, et que ces actes créant le trust décrivent tous les droits et obligations du settlor, du trustee ainsi que des bénéficiaires, repose sur le concept d'origine du trust relevant du common law selon lequel le droit déterminant n'est pas consigné dans la loi, mais qu'il se fonde sur le droit jurisprudentiel. Les fondations établies selon le concept du civil law sont toujours basées sur des prescriptions légales, raison pour laquelle leur formulation est nettement plus succincte. Bien que le Liechtenstein, en tant que juridiction de civil law, ait formulé son droit des trusts dans la loi, en règle générale, les actes créant le trust liechtensteinois sont néanmoins formulés de manière détaillée, en ayant surtout pour arrière-pensée de permettre un éventuel transfert dans une juridiction de common law (un objectif facile à atteindre en choisissant, dans l'acte créant le trust, des dispositions juridiques correspondantes bien adaptées et en procédant à un changement de trustee correspondant). En outre, l'adaptation d'actes créant le trust au style anglo-saxon participe également au renforcement de la reconnaissance de trust à l'étranger, dans le cas de situations de fait internationales. C'est pourquoi il est fréquent que des actes créant le trust liechtensteinois contiennent eux aussi des éléments issus du droit anglo-saxon des trusts, quand bien même il n'existerait au Liechtenstein aucune nécessité d'y recourir (p. ex. en introduisant une limitation dans le temps). De plus, les actes créant le trust formulés de manière détaillée ont pour but de pouvoir modifier le droit liechtensteinois des trusts, sous bien des aspects dispositifs, en l'adaptant aux besoins du client, ce qui est possible grâce aux modalités d'amé-

nagement libérales du droit liechtensteinois des trusts.

Effets de la réforme du droit des fondations de 2009

Une différence capitale entre le trust et la fondation réside dans la flexibilité limitée dans le choix du but de fondation. A cet égard, on parle du «principe de solidification» qui régit la fondation. Ce principe de base, selon lequel le fondateur prescrit de manière irrévocable l'objectif que doit poursuivre la fondation (en particulier les dispositions réglementaires relatives aux bénéficiaires) au moment de la création de la fondation, a été formulé plus clairement avec l'adoption de la réforme du droit des fondations en 2009. De ce fait, la jurisprudence existante en la matière est ainsi fixée dans la loi. Le but de la fondation ne peut être adapté que par le fondateur, et uniquement de son vivant, dans la mesure où il s'est réservé un tel droit dans les statuts. En outre, cette possibilité est limitée aux fondateurs qui sont des personnes physiques. Il est également possible de prévoir des droits comparables du settlor pour le trust; de plus, en ce qui concerne le trust, la possibilité existe toutefois, à titre supplémentaire, d'accorder au trustee un droit d'adaptation à multiples facettes qui va très loin, qui ne doit pas reposer sur le consentement du settlor, mais qui est souvent lié au consentement d'un protecteur. Dès lors, le trust liechtensteinois ne connaît aucun principe de solidification et constitue ainsi un instrument dynamique qui permet de structurer des actifs patrimoniaux en fonction des besoins du client.

Effets de la réforme du droit de la fiscalité de 2010

Dans le rapport et la motion relatifs à la nouvelle loi fiscale, no 48/2010, il est écrit que «des dotations particulières d'actifs patrimoniaux sans personnalité juridique (p. ex. des trusts), puisqu'il ne s'agit pas dans ce cas de personnes morales, ne sont

pas soumises à l'impôt sur le revenu; toutefois, conformément à l'art. 65, elles doivent s'acquitter de l'impôt minimum sur le revenu.» C'est pourquoi, par comparaison avec des fondations et d'autres structures patrimoniales dotées de la personnalité juridique, l'art. 65, al. 1 de la loi fiscale confère un net avantage lors de la taxation d'un trust. Alors que pour les personnes morales (fondation, Anstalt, etc.), il est nécessaire d'aménager les actifs et d'établir une déclaration en tant que «structure patrimoniale privée» ou SPP (cf. ATU Bulletin No 22) afin de pouvoir être exempté de l'obligation de déposer une déclaration fiscale et d'obtenir l'impôt minimum sur le revenu, une telle nécessité n'existe pas, en revanche, pour le trust. Indépendamment du type d'actifs patrimoniaux de trust impliqués et de leur montant, le trustee ne paie chaque année que l'impôt minimum sur le revenu de CHF 1'200, sans devoir satisfaire aux exigences inhérentes à une structure SPP.

Conclusions

Après la réforme du droit des fondations de 2009, et après la réforme du droit de la fiscalité de 2010, les différences se sont accrues entre les deux formes juridiques liechtensteinoises trust et fondation. Dans ce contexte, des avantages évidents se sont ainsi développés pour le trust: sont particulièrement frappantes la flexibilité comparativement grande et la liberté dans les modalités de structuration (pour le settlor et le trustee) fondées sur des dispositions de droit dispositif qui, depuis la réforme, ont été nettement limitées pour la fondation. En outre, du point de vue fiscal, il y a désormais de clairs avantages pour le trust: le fait qu'il n'est pas nécessaire de déposer une déclaration fiscale ainsi que la simplicité de l'imposition au taux minimum, qui s'élève actuellement à CHF 1'200, indépendamment du type d'actifs patrimoniaux impliqués et de son ampleur, augmentent l'attractivité du trust par comparaison avec la fondation.

La structure patrimoniale privée (SPP) – application pratique et questions d'interprétation

Auteur

Ralph Thiede, lic. en droit

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fiscale, lors de l'application pratique des SPP, des difficultés d'interprétation ont été régulièrement soulevées. A l'origine de ces difficultés: une définition très large du concept «d'activité économique». La fiche d'information de l'administration fiscale concernant les structures patrimoniale privée (SPP) du 12 mai 2012 offre certes une aide bienvenue dans la pratique, mais la difficulté de répondre aux questions suivantes a insécurisé les participants au marché, à savoir:

- qu'est-ce qui a droit à la qualification d'«activité économique» de SPP autorisée,
- comment faut-il délimiter entre «négoce professionnel de titres» non autorisé et «gestion de patrimoine privé» autorisée,
- respectivement quand prend fin le simple «exercice de la propriété» et quand commence le «négoce actif régulier».

Dans la pratique, des règles générales et des critères relatifs à la qualification des SPP se dessinent entre-temps. Cependant, lorsqu'il s'agit d'appliquer ces critères, c'est toujours le cas par cas qui fait foi.

Bankable assets

- Si la gestion de patrimoine est assumée par un gestionnaire de patrimoine externe, la qualification en tant que SPP est en principe possible sans problème.
- Si c'est l'organe administratif (conseil de fondation, conseil d'administration, etc.) qui assume lui-même la gestion de patrimoine, la règle dite de «la moitié» est alors applicable: en cas de réallocation de portefeuille de 50 % au maximum par année, le patrimoine est alors qualifié en tant que SPP. Le remplacement de titres arrivant à échéance (obligations, etc.) n'est pas considéré

comme une réallocation. Des ventes d'urgence sont possibles, mais elles doivent pouvoir être attestées à la demande de l'administration fiscale.

- L'organe chargé de l'administration a droit à une rémunération forfaitaire appropriée pour ses activités qui comprennent également, en particulier, la gestion du patrimoine de la fondation.
- Le «négoce actif régulier (commercial share dealing, speculative trading)» présuppose l'encaissement durable de recettes. D'habitude, ce critère n'est pas rempli lorsque le conseil de fondation assume lui-même la gestion du patrimoine.
- Toutefois, si les locaux d'entreprise du conseil de fondation disposent d'équipements professionnels (p. ex. infrastructure informatique typique dotée d'une plate-forme d'e-trading telle qu'un raccordement à Bloomberg ou à Reuters, etc.), une telle gestion du patrimoine de la fondation porte préjudice au statut de SPP sur le plan commercial.

Prêts

Des prêts sans intérêts à des bénéficiaires ou à leurs proches dans l'intérêt d'un bénéficiaire sont possibles (p. ex. afin de financer une formation). En revanche, des prêts avec intérêts nuisent au statut de SPP.

Participations

La détention de participations ne porte pas préjudice au statut de SPP s'il y a effectivement indépendance de la gestion des participations. La SPP peut toutefois exercer en tout temps ses droits de participation. Il y a lieu d'apporter la preuve de l'indépendance dans le cas concret.

Valeurs réelles

Il y a lieu de déterminer, en étudiant le cas individuel, la question de savoir si des structures qui disposent de valeurs réelles telles qu'objets d'art, véhicules, instruments de musique, etc. sont susceptibles de se voir conférer le statut de SPP.

Immobilier

Des biens immobiliers que la SPP tient à disposition des bénéficiaires sont autorisés dans la mesure où aucun loyer n'est versé. Toutefois, aussitôt que des loyers sont versés, il n'est alors plus possible d'avoir le statut de SPP.

Avec ces règles générales, les participants au marché disposent désormais de critères pertinents qui contribuent à améliorer les possibilités de planification et d'utilisation des SPP. Dans la pratique, il faudra voir si, grâce à ces critères, les SPP connaîtront un regain d'attractivité. Car au final, si l'on procède habilement à la planification fiscale et si la gestion de patrimoine est appropriée, il est fréquent que les SPP et les fondations «non-SPP» ordinairement taxées ne soient tenues de payer que l'impôt minimum sur le revenu. Cet avantage apparent des SPP est toutefois compensé par un inconvénient: les SPP sont en effet soumises à des prescriptions de contrôle et de surveillance plus strictes que les fondations «non-SPP».

Les auteurs des articles précités, Thomas Zwiefelhofer, docteur en droit, et Ralph Thiede, lic. en droit, se tiennent à votre entière disposition à Allgemeines Treuunternehmen pour vous fournir de plus amples renseignements.

Le bulletin ATU paraît en allemand, en anglais, en français et en italien. Il s'agit d'une publication sporadique de Allgemeines Treuunternehmen, Vaduz. Son contenu sert uniquement à l'information générale et ne remplace pas le conseil juridique.