

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

6. April 2022

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dem Schreiben vom 12. Januar 2022 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, die Unterlagen zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) zu prüfen und dazu Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit.

1. Grundsätzliche Beurteilung der Einführung des Trusts

Der Regierungsrat stimmt der Einführung von Trusts als neuem Institut des Schweizer Zivilrechts grundsätzlich zu. Die Vorlage erfüllt ein Anliegen des schweizerischen Finanzplatzes und ist geeignet, dass auch die Kantone und ihre Gemeinden von höheren Steuereinnahmen profitieren können.

2. Prüfung der effektiven Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung

Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen dürfte. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu Common Law-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.

Zudem sind auch allfällige Reputationsrisiken zu bedenken, da die Trusts zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse verwendet und zum Zweck der Geldwäscherei, Steuerhinterziehung etc. missbraucht werden könnten. Es bedarf einer vertieften Prüfung, ob eine neue explizite steuergesetzliche Regelung der Trusts effektiv notwendig ist, wie es der Vorentwurf vorsieht (Regelung im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [Steuerharmonisierungsgesetz, StHG] und im Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer [Verrechnungssteuergesetz, VStG]). Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust enthalte das die heutige Praxis regelnde Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung.

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich grundsätzlich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Diese findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1), haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamts für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis ist die Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung nochmals vertieft zu prüfen. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte auch dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

3. Beurteilung der vorgeschlagenen Änderung des Steuerrechts

Sollte dennoch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung eingeführt werden, ist der Vorentwurf wie folgt zu beurteilen:

3.1 Beschreibung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung

Der Vorentwurf sieht vor, dass Irrevocable Discretionary Trusts, abweichend von der heutigen Praxis, wie Stiftungen als selbständige Steuersubjekte behandelt werden ("Stiftungslösung"). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

3.2 Würdigung der verschiedenen Regelungsoptionen

Für die Regelung des Irrevocable Discretionary Trust werden sieben Optionen aufgezeigt. Deren Bewertung in Ziffer 5.1.4.4 des erläuternden Berichts zeigt deutlich auf, dass alle Optionen Vor- und Nachteile aufweisen. Vorgeschlagen wird die Umsetzung der Option 1. Bei der Optionswahl ist entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

Nach Auffassung des Regierungsrats ist eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von Irrevocable Discretionary Trusts an Begründer beziehungsweise Begünstigte vorzuziehen (insbesondere Option 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.

- Da die Erträge und das Vermögen laufend beim Begründer beziehungsweise bei den Begünstigten besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust, anders als bei der Stiftungslösung, keine Einkommenssteuer an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4), könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 5 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab: Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt dann beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet würden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blossе Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer beziehungsweise Begünstigte demgegenüber durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst die heute erfolgende Zurechnung an den Begründer beziehungsweise an die Begünstigten auf breite Akzeptanz in der Praxis.

Zusammenfassend erscheint deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von Irrevocable Discretionary Trusts an den Begründer beziehungsweise an die Begünstigten als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 5 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge dem Begründer und nach dessen Tod den Begünstigten zugerechnet werden. Demgemäss ist Option 5 zu bevorzugen.

3.3 Änderungsanträge zur vorgeschlagenen Stiftungslösung

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, werden folgende Änderungen beantragt:

Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 E-DBG; Art. 6a Abs. 3 E-StHG) soll aufgrund der unter Ziffer 3.2 aufgezeigten Nachteile möglichst begrenzt werden. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 E-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 E-StHG) möglichst weit zu umschreiben.

Dazu soll in Art. 10a Abs. 1 E-DBG und in Art. 6a Abs. 1 E-StHG festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist.

Weiter soll in Art. 10a Abs. 2 Bst. b E-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b E-StHG festgehalten werden, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 E-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 205g E-DBG und Art. 78h E-StHG) soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet worden sind, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen worden sind, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung.

Eine zeitlich unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf zehn Jahre befristet werden. Auch sollen nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (das heisst vor dem 12. Januar 2022) errichtet worden sind. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen wären somit entsprechend anzupassen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Alex Hürzeler
Landammann

Joana Filippi
Staatsschreiberin

Kopie
• zz@bj.admin.ch



KANTON
APPENZELL INNERRHODEN

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
zz@bj.admin.ch

Appenzell, 3. März 2022

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Einführung des Trusts im Obligationenrecht zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie teilt die Meinung, dass der vorgeschlagene Trust eine echte Alternative für natürliche und juristische Personen bietet, die weder ein ausländisches Rechtsinstitut noch ein Gebilde nach Schweizer Recht in Anspruch nehmen wollen. Es erscheint sinnvoll, dass der Vorentwurf nicht einfach ausländisches Recht abbildet, sondern auf im Schweizer Recht bereits bekannten Regeln und Prinzipien beruht, was einen hohen Grad an Rechtssicherheit garantiert.

Die Standeskommission begrüsst die Schaffung eines materiellen Trustrechts in der Schweizer Gesetzgebung, zumal die wirtschaftliche Bedeutung für den Finanzplatz Schweiz erheblich ist.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber-Stv.:

Michael Bühner

Zur Kenntnis an:

- Finanzdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 2, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

per E-Mail: zz@bj.admin.ch
[PDF- und Wordversion]

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 25. März 2022

Eidg. Vernehmlassung; Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement EJPD eingeladen, zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) bis 30. April 2022 Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1), haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis ist aus Sicht des Regierungsrates auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu verzichten. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, welche mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Im Falle einer Änderung der ständigen Rechtsprechung, könnte zu diesem Zeitpunkt aufgrund der ergangenen Entscheidung bzw. Praxisänderung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.



Im Falle der Einführung einer ausdrücklichen steuergesetzlichen Regelung, beurteilt der Regierungsrat den Vorentwurf wie folgt:

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf Revocable und Irrevocable Fixed Interest Trusts der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim Revocable Trust dem Begründer, beim Irrevocable Fixed Interest Trust den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer.

Bei Irrevocable Discretionary Trusts erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an den Begründer, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sogenannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur bei im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts wird von einer Zurechnung an den Begründer abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten der Einkommenssteuer; davon ausgenommen ist das ursprünglich eingebrachte Trustkapital.

Der Vorentwurf sieht vor, dass Irrevocable Discretionary Trusts, abweichend von der heutigen Praxis, wie Stiftungen, als selbständige Steuersubjekte behandelt werden („Stiftungslösung“). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziffer 5.1.4.4 des Erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

Der Regierungsrat zieht eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von Irrevocable Discretionary Trusts an Begründer bzw. Begünstigte vor (insbesondere Optionen 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an.
- Da die Erträge und das Vermögen laufend beim Begründer bzw. bei den Begünstigten besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4), könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.

- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 5 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen ab: Ist der Trust gemäss einem Doppelbesteuerungsabkommen in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt dann beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blosse Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer bzw. Begünstigte hingegen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst die heute erfolgende Zurechnung an den Begründer bzw. an die Begünstigten auf breite Akzeptanz in der Praxis.

Zusammenfassend ist aus Sicht des Regierungsrates deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von Irrevocable Discretionary Trusts an den Begründer bzw. an die Begünstigten sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 5 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge dem Begründer und nach dessen Tod den Begünstigten zugerechnet werden. Der Regierungsrat bevorzugt aus diesen Gründen Option 5.

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, sind die folgenden Verbesserungen angezeigt:

Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 E-DBG; Art. 6a Abs. 3 E-StHG) ist möglichst zu begrenzen. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 E-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 E-StHG) möglichst weit zu umschreiben. Dazu ist in Art. 10a Abs. 1 E-DBG und in Art. 6a Abs. 1 E-StHG festzuhalten, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist.

Weiter ist in Art. 10a Abs. 2 Bst. b E-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b E-StHG festzuhalten, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren



Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 E-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

Betreffend die vorgesehene grosszügige Übergangsregelung ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung. Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung ist zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung ist deshalb zeitlich auf zehn Jahre zu befristen. Der Regierungsrat schlägt vor, dass nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (d.h. vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei später errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen sind somit entsprechend anzupassen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Per E-Mail (zz@bj.admin.ch)

RRB Nr.: 371/2022
Direktion: Direktion für Inneres und Justiz
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

27. April 2022

Vernehmlassung des Bundes: Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Stellungnahme des Kantons Bern

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur erwähnten Vorlage Stellung nehmen zu können. Der Kanton Bern möchte dazu die folgenden Bemerkungen anbringen:

1. Grundsätzliches

Wir begrüssen grundsätzlich die Schaffung eines Trusts als neues Rechtsgefäss im Schweizer Obligationenrecht. Ein solcher Trust erweitert die Möglichkeiten von Privaten und Unternehmen im Bereich der Vermögensverwendung und trägt damit zur Attraktivität des Wirtschaftsstandorts bei.

2. Anträge und Bemerkungen

2.1 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Antrag:

Art. 284a Abs. 1 und 2 VE SchKG sind so zu formulieren, dass nur dann der Ort der Verwaltung des Trusts der Betreuungsort ist, wenn der Trustee nicht in der Schweiz wohnt. Wohnt der Trustee jedoch in der Schweiz, so soll sein Wohnsitz der Betreuungsort sein.

Begründung:

Mit wahlweise gleichzeitig zwei Betreuungsorten wird es zu parallel laufenden Verfahren kommen, für die von Gesetzes wegen zwei verschiedene Ämter zuständig sind. Wenn schuldnereitig keine aktive Unterstützung erfolgt, werden die Ämter im Bereich der Pfändung (für öffentlich-

rechtliche Forderungen) zwangsläufig die Bestimmungen über die Gruppenbildung nach Art. 110 SchKG missachten. Der Konkursort kann abhängen von der Entscheidung der Gläubigerseite, wo sie die Konkursbetreibung einleitet. Damit entfällt eine notwendige Rechtssicherheit. Zudem würde die Aussagekraft des Betreibungsregisters geschwächt: Ein Trust könnte bei der heutigen Formulierung an einem Ort keine Betreibungen gegen sich aufweisen bzw. einen leeren Auszug erwirken, während an einem anderen Ort Betreibungen hängig wären.

Bemerkungen:

Die Eigentums- und Haftungsverhältnisse sind in Art. 529l VE-OR und Art. 529n VE-OR abgegrenzt. Im Konkurs gegen den Trustee kommt das Spezialaussonderungsverfahren nach Art. 284b SchKG zur Anwendung. Eine Vermischung des persönlichen Vermögens und des Sondervermögens soll grundsätzlich vermieden werden. In der Praxis dürften sich dennoch in einem Pfändungsverfahren gewisse Abgrenzungsfragen ergeben. In einem möglichen Pfändungsverfahren für persönliche Forderungen gegenüber einem Trustee wären diese Fragen im Widerspruchsverfahren im Sinne von Art. 106 ff. SchKG zu klären.

Ohne andere Bestimmung in der Trusturkunde endet die Funktion des Trustees oder des Protectors, wenn gegen diesen Personenkreis ein Verlustschein ausgestellt wird. Eine Meldepflicht der Betreibungsämter, wie diese in anderen Bereichen existiert, ist nicht vorgesehen, was begrüsst wird. Eine solche Meldepflicht wäre in der Praxis nicht umsetzbar.

2.2 Steuerrecht

Primärer Antrag:

Auf die vorgeschlagene steuergesetzliche Regelung des Trusts sei zu verzichten.

Begründung:

Die heutige Steuerpraxis kann ohne gesetzliche Normierung weitergeführt werden. Die heutige Praxis findet breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatungen und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertretungen der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen.

Subsidiärer Antrag:

Sollte dennoch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung eingeführt werden, ist eine Normierung entsprechend der Option 7, die der geltenden Praxis entspricht, der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) vorzuziehen.

Begründung:

Die vorgeschlagene Regelung (Option 1) würde zahlreiche Anwendungsprobleme bereiten und könnte zu neuen Steuerlücken führen.

Gemäss der kantonalen Steuerverwaltung hat eine Lösung entsprechend der Option 7 gegenüber der vorgeschlagenen Normierung insbesondere folgende Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.
- Da die Erträge und das Vermögen des Binnentrusts laufend beim Begründer bzw. der Begründerin besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.

- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist.
Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch kann in solchen Fällen die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 7 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab. Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung: Es wird dann nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt beim Begründer bzw. der Begründerin.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer bzw. der Begründerin zugerechnet werden, obwohl sich diese definitiv des Trustvermögens entäussert haben. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer oder Begründerinnen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer/in, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst bereits heute die Zurechnung an den Begründer bzw. die Begründerin auf breite Akzeptanz in der Praxis. Auch die von der Lehre ebenfalls kritisierte unterschiedliche Behandlung von in der Schweiz und im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts lässt sich mit den unterschiedlichen Rechtsordnungen im Errichtungszeitpunkt sachlich begründen. Zudem nehmen auch angelsächsische Staaten eine solche Unterscheidung vor (vgl. Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8)

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Beatrice Simon
Regierungspräsidentin



Christoph Auer
Staatsschreiber

Kopien an: WEU, FIN, DIJ

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bern
zz@bj.admin.ch

Liestal, 26. April 2022

Vernehmlassung

zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Grundsätzlich haben wir in *zivilrechtlicher* Hinsicht keine Einwände gegen die Einführung des Rechtsinstituts des Trusts im Schweizerischen Recht.

In *steuerrechtlicher* Hinsicht haben wir folgende Bemerkungen:

1. Allgemeine Bemerkungen zur Notwendigkeit

Der Vorentwurf sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im Schweizer Recht einzuführen. Begründet wird die Einführung eines schweizerischen Trusts damit, dass der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für den Erhalt von Privatvermögen (Vermögensstrukturierung und Nachlassplanung) ein *inländisches* Vehikel zur Verfügung gestellt werden soll. Heute würden die entsprechenden Marktbedürfnisse mit teilweise komplexen *ausländischen* Strukturen befriedigt. Damit könne die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors erhöht werden.

Der Trust als dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremdes Vehikel wird gemäss den Erfahrungen der Steuerbehörden fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Trusts werden üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. Diesem doch sehr begrenzten Nutzen stehen im Hinblick auf den Finanzplatz Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts bekanntlich Mittel zur Verheimlichung der Herkunft und der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und auch zum Zweck der Geldwäscherei und der Steuerhinterziehung missbraucht werden.

Erstes Fazit: Mit Blick auf den sehr begrenzten Nutzen und die bekannt vorhandenen Risiken bezweifeln wir, dass die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht in steuerrechtlicher Hinsicht notwendig ist.

2. Steuerliche Bemerkungen

Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (DBG, StHG und VStG) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. Steuerliche Probleme bereite insbesondere der sogenannte «*Irrevocable Discretionary Trust*», weshalb sich eine gesetzliche Regelung aufdränge.

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Diese anerkannte Praxis hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Steuerliche Fragestellungen rund um einen Trust werden meist im Vorfeld geklärt. Die heutige Praxis findet deshalb auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Experten-Gruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen.

Dank der Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen entweder an den Begründer (sogenannte «*Settlor*») oder an die Begünstigten (sogenannte «*Beneficiaries*») werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in einen Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8). Aufgrund dieser gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die da und dort an der heutigen Praxis geübte Kritik in der Lehre. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig tatsächlich als nicht verfassungskonform beurteilen, könnte dannzumal immer noch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung aufgenommen werden.

Steuerlich werden drei Arten von Trusts unterschieden: (1) Als *Revocable Trusts* werden Trusts bezeichnet, bei denen sich der Begründer nicht definitiv seines Vermögens entäussert hat, so insbesondere Trusts, die der Begründer kontrolliert oder widerrufen kann. (2) Hat sich der Begründer unwiderruflich seines Vermögens entäussert und bestehen Ansprüche der Begünstigten auf das Vermögen oder die Einkünfte des Trusts oder kontrollieren diese den Trust, liegt ein *Irrevocable Fixed Interest Trust* (= unwiderruflicher Trust mit festen Ansprüchen) vor. (3) Bestehen dagegen bei einem unwiderruflichen Trust keine Ansprüche und keine Kontrolle des Trusts durch die Begünstigten, liegt ein *Irrevocable Discretionary Trust* (= unwiderruflicher Ermessenstrust) vor.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf *Revocable* und *Irrevocable Fixed Interest Trusts* der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim *Revocable Trust* dem Begründer, beim *Irrevocable Fixed Interest Trust* den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer. Beim *Irrevocable Discretionary Trust* erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an den Begründer, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sog. genannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur bei im Ausland errichteten *Irrevocable Discretionary Trusts* wird von einer Zurechnung an den Begründer abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen dann bei den Begünstigten der Einkommenssteuer.

Der Vorentwurf sieht nun vor, dass *Irrevocable Discretionary Trusts* – abweichend von der heutigen Praxis – wie Stiftungen als selbständige Steuersubjekte behandelt werden (= Stiftungslösung). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

Zweites Fazit: Wir sehen keine Notwendigkeit für eine steuergesetzliche Regelung des Trusts. Die bisherige Praxis hat sich bereits stark eingelebt und schweizweit bewährt.

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziffer 5.1.4.4 des Erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen zudem alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

3. Falls eine steuergesetzliche Regelung erfolgen soll

Nach unserer Auffassung ist eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von *Irrevocable Discretionary Trusts* an Begründer bzw. Begünstigte vorzuziehen (insbesondere die Option 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung eines Trusts fallen keine (oder nur tiefe Schenkungssteuern; Verwandtentarif) an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben. Kantone, welche gar keine Schenkungssteuern erheben, würden daher den Vorzug erhalten und es ergäbe sich dadurch wohl eine Akkumulation von Trusts an diesen Orten.
- Da die Erträge und das Vermögen laufend beim Begründer bzw. bei den Begünstigten besteuert werden, fallen bei Ausschüttungen aus dem Trust – anders als bei der Stiftungslösung – dann keine Einkommenssteuern mehr an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4), könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung auch in Frage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Stiftungslösung) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile sehr schwierig sein, da beim *Irrevocable Discretionary Trust* häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des

- Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Vollzugsprobleme bereiten.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Stiftungslösung) hängt die Besteuerung in der Schweiz vom anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen ab: Ist der Trust gemäss Doppelbesteuerungsabkommen in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt dann beim Begründer. Dadurch kann die steuerlich rechtsgleiche Behandlung dieser Form in der Schweiz nicht gewährleistet werden.

All diesen Vorteilen stehen zwar gewisse Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösse es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts immer noch dem Begründer zugerechnet würden (= steuerlich transparente Behandlung), obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blosse Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer bzw. Begünstigte hingegen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst die bis heute erfolgte Zurechnung an den Begründer bzw. an die Begünstigten in der Praxis auf breite Akzeptanz. Die Abbildung dieser Realität in der Praxis zeigt sich auch darin, dass insbesondere blosse Anwartschaften oftmals über sog. «Side Letters» zu versteckten (Rechts-)Ansprüchen mutiert werden können.

Zusammenfassend erscheint deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von *Irrevocable Discretionary Trusts* an den Begründer bzw. an die Begünstigten als sachgerecht. Eine solche könnte mit Option 5 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge zu Lebzeiten dem Begründer, und nach dessen Tod – ohne jegliche Besteuerungslücken – den Begünstigten zugerechnet werden.

Drittes Fazit: Gemäss unserer Beurteilung wäre Option 5 zu bevorzugen, falls unbedingt eine steuergesetzliche Regelung geschaffen werden soll.

4. Übergangsregelung

Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 205g E-DBG und Art. 78h E-StHG) soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis immer unter dem Vorbehalt einer Gesetzesänderung.

Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf maximal zehn Jahre befristet werden. Auch sollten nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (d. h. vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden.

Viertes Fazit: Die Übergangsbestimmungen wären entsprechend anzupassen, falls unbedingt eine steuergesetzliche Regelung geschaffen werden soll.

Hochachtungsvoll



Thomas Weber
Regierungspräsident



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

per E-Mail an:
zz@bj.admin.ch

Basel, 12. April 2022

Regierungsratsbeschluss vom 12. April 2022
Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)
Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) zukommen lassen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Kanton Basel-Stadt steht der Vorlage kritisch gegenüber und lehnt diese ab.

Das Ziel der Vorlage, Personen und Unternehmen in der Schweiz ein für den Erhalt ihres Vermögens flexibles, zuverlässiges und geeignetes Rechtsvehikel zur Verfügung zu stellen und dem Finanzplatz neue Geschäftsmöglichkeiten zu eröffnen, erscheint grundsätzlich erstrebenswert. Allerdings wird der Trust nur sehr beschränkt verwendet; fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten. Es ist damit zu erwarten, dass der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. Dieser begrenzte Nutzen rechtfertigt nach unserem Dafürhalten keine Einführung des Trusts im Schweizerischen Recht. Umso mehr, als unter steuerrechtlichem Gesichtspunkt keine Rechtsstreitigkeiten bekannt sind, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden, mit der Einführung des Trusts aber verschiedene Risiken verbunden wären. Wir verweisen dazu auf die Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (FDK).

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Beat Jans
Regierungspräsident

Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

PAR COURRIEL

Département fédéral de justice et police DFJP
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Courriel : zz@bj.admin.ch

Fribourg, le 12 avril 2022

2022-443

Introduction du trust (modification du code des obligations)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir associés à la consultation sur la modification du code des obligations visant à introduire l'institution juridique du trust. Le projet de révision a retenu toute notre attention.

L'avant-projet prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique dans le droit suisse. Cette introduction est motivée par le but de mettre un véhicule suisse à disposition de l'industrie financière et de sa clientèle. Aujourd'hui les besoins correspondants du marché seraient satisfaits par des structures étrangères parfois complexes. L'attrait et la compétitivité du secteur financier suisse s'en trouveraient accrus.

Depuis l'entrée en vigueur en 2008 de la convention de La Haye, les trusts font partie de la réalité juridique et économique suisse. Dans ce contexte, l'introduction d'une législation suisse concernant le trust permettrait effectivement d'agir avec proactivité, indépendamment de l'évolution du droit étranger, et de promouvoir cet instrument qui répond à la demande d'une certaine clientèle fortunée. Elle serait également susceptible d'ouvrir de nouvelles opportunités d'affaires au secteur du conseil et de réduire les charges administratives liées à l'utilisation de l'instrument. Enfin, l'introduction du trust suisse pourrait générer des recettes fiscales supplémentaires tant sur le plan fédéral que cantonal.

Néanmoins, nous estimons que le trust est étranger au droit civil suisse. Selon l'expérience des administrations fiscales, il est presque exclusivement utilisé par des personnes fortunées ayant des liens avec des pays de common law. On peut ainsi s'attendre à ce que le trust selon le droit suisse ne soit que rarement utilisé. En outre, les avantages relevés dans le rapport explicatif sont contrebalancés par des risques pour la réputation et les finances de la Suisse. Compte tenu de l'utilité limitée, des risques qu'il implique, et à l'instar de la majorité du comité de la Conférence des Directeurs cantonaux des finances, le Conseil d'Etat s'oppose au projet et propose de renoncer à l'adoption d'une régulation sur le trust.

Sous l'angle fiscal, les trusts existants pourront continuer d'être appréhendés par la circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts qui a largement fait ses preuves.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de nos respectueuses salutations.

Au nom du Conseil d'Etat :

Olivier Curty, Président



Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

—

à la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle ;
à la Direction de la sécurité, de la justice et du sport ;
à la Direction des finances ;
à la Chancellerie d'Etat.

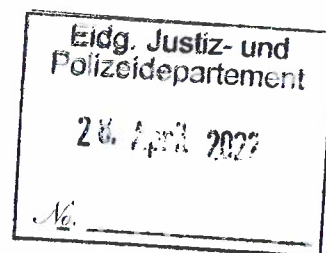


Genève, le 27 avril 2022

Le Conseil d'Etat

1833-2022

Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne



Concerne : consultation fédérale sur l'avant-projet visant à introduire l'institution juridique du trust dans le code des obligations

Madame la Conseillère fédérale,

Votre courrier du 12 janvier 2022 sur la consultation relative à l'avant-projet visant à introduire l'institution juridique du trust dans le code des obligations nous est bien parvenu et a retenu notre meilleure attention.

De manière générale, notre Conseil soutient la stratégie du Conseil fédéral à l'égard du développement de la place financière suisse. Dans ce contexte, notre Conseil souligne tout particulièrement le pilier lié à la durabilité. Il estime que le développement de la place financière suisse passe non seulement par la stabilité systémique du secteur financier, indispensable au développement du tissu économique, mais également et surtout par son intégrité et une lutte efficace contre les risques criminels.

Le *trust* est largement utilisé, notamment à des fins de détention et transmission de patrimoine et, plus spécifiquement, de planification successorale. Sa flexibilité permet notamment d'assurer la protection et le bon usage d'un patrimoine, parfois sur plusieurs générations, de manière adaptée à chaque situation.

Depuis l'entrée en vigueur pour la Suisse de la convention de La Haye sur les trusts en 2007, la Suisse reconnaît les trusts constitués à l'étranger. Ces derniers sont soumis au droit suisse ou à des règles suisses spécifiques, notamment en ce qui concerne la transparence, la surveillance et la fiscalité. Mais il n'est pour l'instant pas possible d'en créer un selon le droit suisse.

Si la nécessité et l'opportunité d'introduire un nouveau statut dans la loi suisse est questionnable, on peut néanmoins établir le constat que le *trust* est un instrument de plus en plus apprécié et fiable pour la planification successorale et la conservation de patrimoines importants, l'avant-projet vise non seulement au renforcement de la place financière suisse en lui offrant de nouvelles opportunités d'affaire, mais également à assurer une indépendance par rapport à des règles de jurisprudence étrangères.

Dans le cadre de l'évaluation de l'avant-projet notre Conseil :

1. note que la codification du *trust* dans le droit civil suisse permet de mettre à disposition des citoyennes et citoyens suisses un instrument plus accessible et compréhensible. En outre, elle favorise la sécurité du droit et la transparence en autorisant le règlement des contentieux liés à un *trust* suisse devant des tribunaux suisses. Actuellement, les citoyens ne peuvent faire recours qu'à des structures très complexes qui ne satisfont que partiellement leurs besoins.
2. salue l'application de standards internationaux permettant de lutter contre le blanchiment d'argent et d'éviter les comportements douteux.

La prise en considération de la réglementation applicable aux intermédiaires financiers dans le cadre de la lutte contre le blanchiment (*Know your customer (KYC)* et *Anti-Money Laundering (AML)*) permet d'éviter cet écueil.

3. relève que les *trusts* peuvent représenter un moyen de camoufler les rapports de propriété réels. Notre Conseil estime que dans ce contexte, il est impératif de poser des exigences aux *trustees* pour que ces derniers soient assujettis à la réglementation applicable aux intermédiaires financiers, qu'ils soient *trustees* professionnels ou non professionnels.
4. estime qu'il est impératif qu'aucun revenu ou patrimoine ne puisse échapper à son imposition. Le dispositif fiscal ne doit pas créer de "niches fiscales" instaurant des inégalités de traitement par le biais de *trusts*.
5. souligne que l'introduction du *trust* en droit suisse ne doit pas empiéter sur la forme juridique de la fondation. Afin d'éviter une concurrence avec la forme juridique de la fondation :
 - il convient d'être plus précis à l'article 529a nCO, qui définit le *trust* de façon trop large, et d'exclure tous les *purpose trust*, qu'ils soient purs ou mixtes, ainsi que tout *trust* pouvant avoir une activité même partielle d'utilité ou de service public;
 - il convient également d'être plus précis et restrictif à l'article 529c nCO sur la délimitation des bénéficiaires et sur le lien particulier entre le constituant et le bénéficiaire.

Au niveau de la fiscalité, notre Conseil a noté que les principes du traitement fiscal des *trusts* ont été publiés dans la circulaire n°30 de la Conférence suisse des impôts (CSI), ratifiée par l'Administration fédérale des contributions (AFC). De nombreuses incertitudes juridiques portant sur les conséquences fiscales pour les constituants ou les bénéficiaires ont ainsi été éliminées.

En ce qui concerne le *trust* irrévocable discrétionnaire (*irrevocable discretionary trust*), notre Conseil soutient la proposition de l'avant-projet de loi.

Nous vous remercions de nous avoir consultés et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

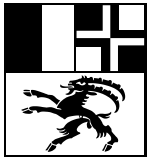
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :

Michèle Righetti

Le président :

Serge Dal Busco



Sitzung vom
19. April 2022

Mitgeteilt den
20. April 2022

Protokoll Nr.
342/2022

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)

per E-Mail an:
zz@bj.admin.ch

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022 und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

1. Grundsätzliches

a) Inhalt der Revision

Die vor allem im angelsächsischen Raum bekannten Trusts sind dem heutigen Schweizer Privatrecht fremd. Sie werden allerdings in der Schweiz anerkannt.

Ähnlich wie bei einer Stiftung wird bei einem Trust ein bestimmtes Vermögen zum Nutzen von begünstigten Personen ausgeschieden. Das Vermögen geht dabei vom Errichter des Trusts (Settlor) auf einen Vermögensverwalter (Trustee) über. Dieser verwendet es zum Nutzen der Begünstigten (Beneficiaries). Der Trust wird häufig für die Nachlassplanung eingesetzt, um vor allem die Übertragung eines Vermögens über mehrere Generationen zu ermöglichen.

Damit die Akteure in der Schweiz nicht auf ausländische Trusts ausweichen müssen, hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, einen Schweizer Trust zu schaffen. Gemäss vorliegendem Entwurf soll deshalb die Errichtung eines Trusts auch nach Schweizer Recht möglich sein. Zu diesem Zweck soll der Trust explizit und ausführlich im Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) geregelt werden. Überdies sollen unter anderem auch das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11), das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14) und das Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG; SR 641.21) revidiert werden.

b) Ablehnung der Vorlage

Die Reform mag zwar aufgrund der wirtschaftlichen Realität, insbesondere mit Rücksicht auf die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz, geboten erscheinen. Dennoch fällt auf, dass die Vorlage der geltenden schweizerischen Rechtsordnung nur ungenügend Rechnung trägt.

Die heutige steuerrechtliche Praxis hat sich zudem bewährt und ist breit akzeptiert. Steuerlücken konnten geschlossen werden. Weiter haben sich die Kantonsvertreter in der Arbeitsgruppe Bund/Kantone/Wissenschaft und die beiden Branchenvertreter anlässlich der Sitzung zwischen der Expertengruppe des Bundesamts für Justiz (BJ) und der Arbeitsgruppe Steuern für die Beibehaltung der geltenden Praxis im Steuerrecht ausgesprochen. Schliesslich hat die heutige Praxis Vorteile, während der administrative Aufwand bei der neuen Regelung gross wäre.

Ausserdem können Trusts oder die damit verbundenen treuhänderischen Situationen, namentlich auch beim Grundeigentum, höchst problematisch sein. Gerade vor dem Hintergrund des Kriegs in der Ukraine, anlässlich welchem Sanktionen ergriffen wurden, von welchen auch Vermögenswerte von russischen Staatsbürgern betroffen sind, ist die Einführung eines Schweizer Trusts nicht opportun. Mit einem solchen Trust würde ein zusätzliches schweizerisches Instrument für intransparente Vermögensanlagen geschaffen, wie wir sie bislang vor allem von den Offshore-Finanzplätzen her kennen.

Deshalb wird die Ablehnung der Vorlage beantragt.

2. Steuerrechtliche Überlegungen

a) Heutige Praxis und neuer Vorschlag des Bundes

Im geltenden Recht finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen zur steuerlichen Behandlung von Trusts. Um die steuerliche Behandlung der nach ausländischem Recht errichteten Trusts mit Anknüpfung zur Schweiz (Settlor oder Beneficiaries mit Ansässigkeit in der Schweiz) zu vereinheitlichen, hat die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK) am 22. August 2007 das Kreisschreiben 30 "Besteuerung von Trusts" herausgegeben. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) hat dieses am 27. März 2008 als Kreisschreiben Nr. 20 "Besteuerung von Trusts" übernommen. Gemäss diesen beiden Kreisschreiben wird der Trust abhängig von seiner konkreten Ausgestaltung einem der folgenden Trusts zugeordnet: Revocable Trust, Irrevocable Fixed Interest Trust oder Irrevocable Discretionary Trust. Da sich die meisten Kantone an diesen beiden Kreisschreiben orientieren, gibt es mittlerweile einen hohen Harmonisierungsgrad.

Vermögen und Erträge werden beim Revocable Trust dem Settlor, beim Irrevocable Fixed Interest Trust den Beneficiaries zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen beiden Trusts unterliegen beim Settlor bzw. bei den Beneficiaries nicht der Einkommenssteuer. Beim Irrevocable Discretionary Trust erfolgt nach geltender Praxis eine Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Settlor, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war. Dadurch wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Bei im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts wird von einer Zurechnung an den Settlor abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausgeschüttete Vermögenserträge und Kapitalgewinne unterliegen bei den Beneficiaries der Einkommenssteuer; davon ausgenommen ist einzig das eingebrachte Trustkapital.

Der Bundesrat sieht aus folgenden Gründen Handlungsbedarf für eine gesetzliche Regelung:

- In der Lehre sei die Praxis der genannten Kreisschreiben insbesondere mit Bezug auf die Irrevocable Discretionary Trusts teilweise als verfassungswidrig kritisiert worden.
- Die bestehenden Kreisschreiben würden in Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust keine abschliessende Regelung enthalten.

- Für in der Schweiz ansässige Personen sei die Errichtung eines Irrevocable Discretionary Trust unattraktiv, weil ihnen die in den Trust eingebrachten Vermögenswerte steuerlich weiterhin zugerechnet würden.

Zum ersten Punkt bzw. ersten Bullet gilt es einzuwenden, dass es noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Trustbesteuerung gibt. Zum zweiten Punkt bzw. zweiten Bullet weisen wir auf die untenstehenden Ausführungen zu den Regeln im Steuerrecht des Kantons Graubünden, Litera b der Ziffer 2, dritter Absatz, hin.

Zivilrechtlich soll der Trust im OR als ein Sondervermögen sui generis geregelt werden. Die vorgeschlagene gesetzliche Besteuerungsregelung entspricht mit Bezug auf die Revocable Trusts und die Irrevocable Fixed Interest Trusts der geltenden Praxis im Sinn obgenannter Kreisschreiben. Es geht letztlich also um die Irrevocable Discretionary Trusts. Laut erläuterndem Bericht hat die Arbeitsgruppe Bund/Kantone/Wissenschaft mit Bezug auf die steuergesetzliche Regelung dieses Trusts sieben Optionen geprüft. Zu den Steuerfolgen gibt es für jede Option zusätzlich zwei mögliche Varianten. Alle Optionen weisen Vor- und Nachteile auf. Unter Würdigung aller Aspekte, namentlich der Frage der Verfassungskonformität, wird seitens Bund Option 1 bevorzugt. Diese sieht vor, dass die Irrevocable Discretionary Trusts – abweichend von der heutigen Praxis – wie Stiftungen und damit als selbstständige Steuersubjekte behandelt werden. Folglich werden das Trusteinkommen und -vermögen dem Trust zugerechnet. Voraussetzung für die Besteuerung ist allerdings, dass mindestens einer der Beneficiaries in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Beneficiaries. Hat der Trust Beneficiaries in der Schweiz und im Ausland, sind folglich nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Weiter wird in Option 1 festgehalten, dass falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen kann. In solchen Fällen sollen die Einkommen und das Vermögen von Trusts weiterhin dem Settlor zugerechnet werden (subsidiäre Regel).

b) Würdigung des Vorschlags des Bundes

Die heutige steuerrechtliche Praxis hat sich bewährt. Sie findet breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Im erläuternden Bericht wird überdies festgehalten (Ziffer 5.1.4.1), dass sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des BJ für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen haben. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Settlor oder an die Beneficiaries werden Steuerlücken geschlossen.

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sowie den mit der vorgeschlagenen Regelung verbundenen relativ grossen administrativen Aufwand ist eine neue Regelung der Trustbesteuerung in den Steuergesetzen abzulehnen.

Mit Bezug auf die Einlagebesteuerung erlauben wir uns, auf Art. 107b Abs. 3 des Steuergesetzes für den Kanton Graubünden (StG; BR 720.000) hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung sind steuerlich anerkannte Stiftungen und Trusts mit unwiderruflicher Begünstigung des Zuwendenden oder von steuerbefreiten Personen von der Erbschafts- und Schenkungssteuerpflicht befreit. Zu den steuerbefreiten Personen gehören gemäss Art. 107b Abs. 1 StG unter anderem die Ehegatten und die Konkubinatspartner, die Nachkommen, die Stief- und Pflegekinder sowie die Eltern. Die Regelung von Art. 107b Abs. 3 StG hat sich in der Praxis bewährt, indem sie in einer zentralen, in den beiden obgenannten Kreisschreiben nicht beantworteten Frage Rechtssicherheit gebracht hat.

3. Zivilrechtliche Überlegungen

Wir sind der Ansicht, dass die Schweiz ein eigenes, angepasstes, praxistaugliches Gefäss für die Nachlassplanung braucht. Die Implementierung des angelsächsischen Trustrechts in das schweizerische Recht ist unseres Erachtens nicht der richtige Weg. Angelsächsische Trusts weisen Eigenschaften auf, die im vom römischen Recht geprägten Zivilrecht, also auch im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, kaum abzubilden sind.

Die Widersprüchlichkeit zum Stiftungsrecht ist zudem unsinnig. Vielmehr wäre dieses anzupassen, womit die aufwendige Einführung des Trusts sich erübrigte (s. dazu untenstehende Litera a in Ziffer 3). Letztlich existieren Unzulänglichkeiten betreffend

Wohnsitzerfordernis des Trustee zur Vermeidung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (s. dazu untenstehende Litera b in Ziffer 3).

Deshalb wird die Einführung des Trusts im Zivilrecht, d.h. im OR, abgelehnt.

Sollte der Trust trotz der vorliegenden ablehnenden Haltung Eingang in die schweizerische Rechtsordnung finden, so müsste was folgt korrigiert werden.

a) Widerspruch zum Stiftungsrecht

Um nicht mit der Rechtsform der Stiftung zu konkurrieren, schliesst der Vorentwurf die Errichtung karitativer Trusts und anderer purpose trusts aus. Dennoch steht der vorliegende Entwurf im Widerspruch zum geltenden Stiftungsrecht, insbesondere bezüglich Familienstiftungen. Eine spätere Anpassung des Stiftungsrechts mit vergleichbarer Zielsetzung, namentlich im Bereich der Familienstiftungen, wird gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgeschlossen. Nach unserem Dafürhalten muss diese Anpassung indes zeitgleich mit der Einführung des Trusts erfolgen, andernfalls erhebliche Widersprüche – vorerst – bestehen bleiben. Während die Errichtung von reinen Unterhaltungsstiftungen gemäss geltendem Recht gestützt auf Art. 335 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) ausgeschlossen bleibt, kann dasselbe Ergebnis neu durch die Errichtung eines Trusts erreicht werden. Das stellt eine unsinnige Widersprüchlichkeit dar, und Art. 335 Abs. 2 ZGB würde so zum toten Buchstaben, was nicht im Sinne der Gesetzgebung sein kann.

b) Sitz- oder Wohnsitzerfordernis des Trustee

Im Vorentwurf wird darauf verzichtet, besondere Anforderungen an den Trustee, insbesondere ein Sitz- oder Wohnsitzerfordernis in der Schweiz, vorzusehen. Auch unterliegen nur professionelle Trustees der Finanzmarkt- und Geldwäschereigesetzgebung. Zwar untersteht der Trustee gemäss Art. 529j E-OR einer Identifikations- und Dokumentationspflicht, womit verhindert werden soll, dass ein Trust für Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung oder Steuerhinterziehung missbraucht werden kann. Es stellt sich in diesem Zusammenhang aber die Frage, ob diese Vorschriften ausreichen, damit die Schweiz ihren Verpflichtungen zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie im Bereich der Transparenz und des steuerlichen Informationsaustauschs nachkommen kann. Aus denselben Gründen müssen im

Handelsregister eintragungspflichtige Vereine neu – gemäss der von den eidgenössischen Räten am 19. März 2021 beschlossenen Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (vgl. curia vista 19.044) – eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz bezeichnen (Art. 69 Abs. 2 des neuen, noch nicht in Kraft gesetzten ZGB). Analog dazu ist auch ein Wohnsitzerfordernis des Trustee in der Schweiz angezeigt, ansonsten die Schweiz den besagten Verpflichtungen nicht mehr vollständig nachkommen kann. So werden bereits im erläuternden Bericht in diesem Zusammenhang allfällige weitere Gesetzgebungsarbeiten in Aussicht gestellt, welche es mit der Einführung eines Sitz- oder Wohnsitzerfordernisses des Trustee in der Schweiz zu vermeiden gilt.

c) Form der Errichtung

Gemäss Art. 529a Abs. 2 E-OR würde der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet. Ausser der Errichtung des Trusts durch Verfügung von Todes wegen müsste aus Sicht des Kantons Graubünden für die Erklärung über die Trusterrichtung anstatt der einfachen Schriftlichkeit die öffentliche Beurkundung vorgesehen werden. Es ist nicht erkennbar, weshalb bei einem so komplexen Rechtsgeschäft wie die Errichtung eines Trusts auf eine öffentliche Beurkundung verzichtet werden soll, zumal die Errichtung eines Trusts in der Praxis nur bei grossen Vermögenswerten in Betracht fällt. Die qualifizierte Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung würde bereits aus diesem Grund keine erhebliche Erschwerung darstellen. Auch handelt es sich beim Trust ähnlich der Stiftungserrichtung um eine Zuwidmung von Vermögenswerten, welche trotz der bestehenden Unterschiede zu einem der Stiftungserrichtung ähnlichen Ergebnis führt. Nach dem Grundsatz des Parallelismus der Form ist für die Errichtung eines Trusts konsequenterweise ausser bei der Errichtung durch Verfügung von Todes wegen die öffentliche Beurkundung vorzusehen.

4. Alternative zur Einführung von Trusts

Wie erwähnt bedarf es in der Schweiz eines angepassten, praxistauglichen Gefässes für die Nachlassplanung. Als denkbare Alternative bietet sich die Schweizer Familienstiftung an. Nach geltendem Recht dürfen Familienstiftungen aufgrund von Art. 335 Abs. 2 ZGB keine Unterhaltsleistungen erbringen. Ausschüttungen sind nur in beson-

deren Bedarfssituationen (Erziehung, Ausstattung, Unterstützung von Familienangehörigen oder ähnliche Zwecke) zulässig. Würden Familienstiftungen auch Unterhaltszwecken dienen können, so könnte die Thematik abgefangen werden. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf wäre – im Gegensatz zur Kodifizierung des Trusts – gering (vgl. dazu Andrea Opel/Stefan Oesterhelt, Vorentwurf für einen Schweizer Trust, in: SteuerRevue 4/2022, S. 290 f.).

5. Hinweis zur Lex Koller

Wir erlauben uns, darauf hinzuweisen, dass ein Trust mit Beteiligung von Personen im Ausland als Begründer oder Begünstigte als Person im Ausland im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41) gilt. Den Besonderheiten des Trusts Rechnung tragend bedürfte es, wenn der Trust eingeführt würde, einer Klarstellung in der Lex Koller (vgl. bezüglich der Stiftung Art. 6 Abs. 2 lit. c BewG).

Wir ersuchen Sie um die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

Marcus Caduff

Der Kanzleidirektor:

i.V. C. Hartmann Lütcher

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Par courriel en version PDF et Word
Département fédéral de justice et police
Madame la Conseillère fédérale
Karine Keller-Sutter
zz@bj.admin.ch

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 29 mars 2022

Introduction du trust (modification du code des obligations): ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Gouvernement jurassien a été invité par votre Département à se prononcer au sujet de la procédure de consultation mentionnée en objet et il vous en remercie.

De manière générale, le Gouvernement jurassien se montre défavorable au projet de modifications légales proposé. Il s'en explique comme suit :

En premier lieu, l'avant-projet prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique dans le droit suisse (CO). Le trust proposé présentera les caractéristiques essentielles d'un trust de droit anglo-saxon et devrait constituer une réelle alternative pour les personnes physiques et morales qui ne veulent ou ne peuvent recourir à une institution juridique étrangère ou à une autre institution existante du droit suisse. Le rapport explicatif prétend que l'attrait et la compétitivité du secteur financier suisse s'en trouveraient ainsi accrus.

Or, de l'avis du Gouvernement jurassien, le trust est presque exclusivement utilisé par des personnes ayant de liens avec des pays de *common law*. Cette structure financière n'est, au demeurant, utilisée que par des personnes très fortunées. Il est donc fortement probable que le trust du droit suisse ne soit utilisé que rarement, d'autant plus qu'il se trouverait en concurrence avec les trusts des pays d'origine des contribuables concernés. Dans la pratique, le trust suisse resterait donc très accessoire. Il pourrait toutefois faire peser un risque sur la réputation et les finances de la Suisse tant il est notoire que son utilisation peut avoir pour but la dissimulation de revenus ou de fortune soumis à l'impôt ou le contournement des règles en matière de droit successoral.

En second lieu, le Gouvernement jurassien estime qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation légale fiscale en matière de trust. La pratique fiscale actuelle se base sur la circulaire n° 30 de la Conférence suisse des impôts qui date de 2007 et qui a fait ses preuves. Cette pratique ne fait pas l'objet de procédures contentieuses récurrentes qui pourraient justifier un changement de système. Elle est, au demeurant, largement acceptée et reconnue tant par les autorités fiscales, les conseillers fiscaux que par les mandataires. La pratique prévue par la circulaire n° 30 est également conforme aux conventions contre les doubles impositions (CDI) conclues par la Suisse et contribue à l'attrait de la place économique suisse. En l'état, rien ne justifie donc son abrogation.

En outre, il est important de souligner que les différentes variantes prévues dans le rapport explicatif contiennent toutes des faiblesses qui peuvent se révéler aussi importantes que celles qui font l'objet de critiques dans la pratique actuelle. Les modifications proposées n'apportent donc aucune plus-value au système fiscal suisse. Par conséquent, le Gouvernement jurassien propose de renoncer au projet.

Le Gouvernement vous remercie de lui avoir donné la possibilité de prendre position à ce sujet et il vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, à sa haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


David Eray
Président




Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'État



Finanzdepartement

Bahnhofstrasse 19
6002 Luzern
Telefon 041 228 55 47
info.fd@lu.ch
www.lu.ch

Öffnungszeiten:
Montag - Freitag
08:00 - 11:45 und 13:30 - 17:00

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
per E-Mail an (Word- und PDF-Datei):
zz@bj.admin.ch

Luzern, 12. April 2022

Protokoll-Nr.: 474

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie die Kantonsregierungen in eingangs erwähn-ter Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen.

Im Namen und Auftrag des Regierungsrates teile ich Ihnen Folgendes mit:

Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu Common Law-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.

Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.

Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken schliesst sich der Kanton Luzern bei der Beurteilung der Einführung des Trusts der Stellungnahme der FDK vom 18. März 2022 beziehungsweise der Muster-Stellungnahme der Schweizerischen Steuerkonferenz SSK vom 17. Januar 2022 an (vgl. Beilagen) und spricht sich gegen eine gesetzliche Regelung sowohl des Trusts an sich als auch gegen eine Regelung dessen Besteuerung aus.

Sollte die Einführung des Trusts gleichwohl weiterverfolgt werden, schlagen wir angesichts der aktuellen Lage sowie der allgemeinen Tendenz zu Transparenz in Steuersachen (Stichwort Geldwäscherei) vor, ein Trustregister analog dem Fürstentum Lichtenstein zu schaffen. Ein Register wird in den Erläuterungen als mögliche Option bereits erwähnt und entspräche dem Recht der Europäischen Union.

Ich danke Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Reto Wyss
Regierungsrat

Beilagen:

- Stellungnahme der FDK vom 18. März 2022
- Muster-Stellungnahme der Schweizerischen Steuerkonferenz SSK vom 17. Januar 2022

**KONFERENZ DER KANTONALEN
FINANZDIREKTORINNE
UND FINANZDIREKTOREN**

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 18 März 2022

**Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts).
Vernehmlassungsstellungnahme**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022, mit dem Sie uns über die Eröffnung einer Vernehmlassung über die Einführung des Trusts informiert haben. Der Vorentwurf enthält neben einer Änderung des Obligationenrechts auch Vorschläge zur Änderung von DBG, StHG und VStG. Der Vorstand der Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (FDK) hat sich an seiner Sitzung vom 18. März 2022 mit dieser Vorlage befasst und nimmt wie folgt Stellung:

Eine Mehrheit des FDK-Vorstands **lehnt die Vorlage ab** und beantragt, **auf eine Regulierung zu verzichten**.

Begründung

1. Grundsätzliche Bedenken zur Einführung des Trusts als neues Institut des Schweizer Zivilrechts

- 1 Der Vorentwurf sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht einzuführen. Der Trust wird definiert als Zuwidmung von Vermögenswerten durch den Begründer (*Settlor*) zu einem Sondervermögen, das vom Trustee im Interesse der Begünstigten gehalten und verwaltet wird (Art. 529a E-OR). Begründet wird die Einführung des Schweizer Trusts damit, dass im Bereich der Vermögensstrukturierung und der Nachlassplanung der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen ein inländisches Vehikel zur Verfügung gestellt werden soll. Heute würden die entsprechenden Marktbedürfnisse mit teilweise komplexen ausländischen Strukturen befriedigt. Damit werde die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors erhöht (Erläuternder Bericht, Ziffer 1.2.3).

- 2 Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu *Common Law*-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu *Common Law*-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.
- 3 Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.
- 4 Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken stellen wir die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht ganz grundsätzlich in Frage.

2. Keine Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts

- 5 Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (DBG, StHG und VStG) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den *Irrevocable Discretionary Trust* enthalte das die heutige Praxis regelnde Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (Erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.1).
- 6 Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).
- 7 Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

**KONFERENZ DER KANTONALEN
FINANZDIREKTORINNEN UND FINANZDIREKTOREN**

Der Präsident:

i.v. 
Regierungsrat Ernst Stocker

Der Generalsekretär:

i.v. 
Dr. Peter Mischler

Kopie (Mail)

- Bundesrat Ueli Maurer, Vorsteher EFD
- Mitglieder FDK
- Mitglieder Schweizerische Steuerkonferenz (SSK)
- Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)
- zz@bj.admin.ch

Entwurf, 17. Januar 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts im Schweizer Recht Muster-Stellungnahme für die kantonalen Steuerverwaltungen

Der Bundesrat hat am 12. Januar 2022 das EJPD beauftragt, ein Vernehmlassungsverfahren zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) durchzuführen. Der Vorentwurf enthält auch Vorschläge zur Änderung von DBG, StHG und VStG.

Da mit der Vorlage in erster Linie das Obligationenrecht angepasst werden soll, werden die Vernehmlassungsantworten in den meisten Kantonen in den Justizdirektionen erarbeitet werden. Die vorliegende Muster-Stellungnahme soll den kantonalen Steuerverwaltungen als Grundlage für ihre verwaltungsinternen Stellungnahmen dienen.

1 Einführung des Trusts als neues Institut des Schweizer Zivilrechts

Der Vorentwurf sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht einzuführen. Die Trust wird definiert als Zuwidmung von Vermögenswerten durch den Begründer (Settlor) zu einem Sondervermögen, das vom Trustee im Interesse der Begünstigten gehalten und verwaltet wird (Art. 529a E-OR). Begründet wird die Einführung des Schweizer Trusts damit, dass im Bereich der Vermögensstrukturierung und der Nachlassplanung der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen ein inländisches Vehikel zur Verfügung gestellt werden soll. Heute würden die entsprechenden Marktbedürfnisse mit teilweise komplexen ausländischen Strukturen befriedigt. Damit werde die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors erhöht (Erläuternder Bericht, Ziffer 1.2.3).

Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu Common Law-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.

Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.

Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken fragt sich, ob die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht überhaupt angezeigt ist.

2 Keine Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts

Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (DBG, StHG und VStG) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust enthalte das die heutige Praxis regelnde Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (Erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.1).

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

3 Beurteilung der vorgeschlagenen Änderung des Steuerrechts

Sollte dennoch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung eingeführt werden, ist der Vorentwurf wie folgt zu beurteilen:

3.1 Beschreibung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung

Steuerlich werden drei Arten von Trusts unterschieden: Als **Revocable Trusts** werden Trusts bezeichnet, bei denen sich der Begründer nicht definitiv seines Vermögens entäussert hat, so insbesondere Trusts, die der Begründer kontrolliert oder widerrufen kann. Hat sich der Begründer unwiderruflich seines Vermögens entäussert und bestehen Ansprüche der Begünstigten auf das Vermögen oder die Einkünfte des Trusts oder kontrollieren diese den

Trust, liegt ein **Irrevocable Fixed Interest Trust** (unwiderruflicher Trust mit festen Ansprüchen) vor. Bestehen dagegen bei einem unwiderruflichen Trust keine Ansprüche und keine Kontrolle des Trusts durch die Begünstigten, liegt ein **Irrevocable Discretionary Trust** (unwiderruflicher Ermessenstrust) vor.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf Revocable und Irrevocable Fixed Interest Trusts der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim Revocable Trust dem Begründer, beim Irrevocable Fixed Interest Trust den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer.

Bei Irrevocable Discretionary Trusts erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an den Begründer, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sogenannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur bei im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts wird von einer Zurechnung an den Begründer abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten der Einkommenssteuer; davon ausgenommen ist das ursprünglich eingebrachte Trustkapital.

Der Vorentwurf sieht vor, dass Irrevocable Discretionary Trusts, abweichend von der heutigen Praxis, wie Stiftungen als selbständige Steuersubjekte behandelt werden („Stiftungslösung“). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

3.2 Bewertung und bevorzugte Regelungsvariante

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziffer 5.1.4.4 des Erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

[Argumentation für Option 5, wenn eine gesetzliche Regelung erfolgen soll]

Nach unserer Auffassung ist eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von Irrevocable Discretionary Trusts an Begründer bzw. Begünstigte vorzuziehen (insbesondere Optionen 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

-
- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.
 - Da die Erträge und das Vermögen laufend beim Begründer bzw. bei den Begünstigten besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.
 - Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.
 - Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
 - Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 5 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab: Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt dann beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blosse Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer bzw. Begünstigte hingegen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst die heute erfolgende Zurechnung an den Begründer bzw. an die Begünstigten auf breite Akzeptanz in der Praxis.

Zusammenfassend erscheint deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von Irrevocable Discretionary Trusts an den Begründer bzw. an die Begünstigten als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 5 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge dem Begründer und nach dessen Tod den Begünstigten zugerechnet werden. Gemäss unserer Beurteilung ist deshalb Option 5 zu bevorzugen.

[Variante: Argumentation für Option 7, wenn eine gesetzliche Regelung erfolgen soll]

Nach unserer Auffassung ist eine gesetzliche Regelung, die der geltenden Praxis entspricht, vorzuziehen (Option 7). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.
- Da die Erträge und das Vermögen des Binnentrusts laufend beim Begründer besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch kann in solchen Fällen die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 7 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab. Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung: Es wird dann nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst bereits heute die Zurechnung an den Begründer auf breite Akzeptanz in der Praxis. Auch die von der Lehre ebenfalls kritisierte unterschiedliche Behandlung von in der Schweiz und im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts lässt sich mit den unterschiedlichen Rechtsordnungen im Errichtungszeitpunkt sachlich begründen. Zudem nehmen auch angelsächsische Staaten eine solche Unterscheidung vor (vgl. Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Zusammenfassend erscheint deshalb eine an die geltende Praxis angelehnte Lösung als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 7 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge von Binnentrusts dem Begründer zugerechnet werden. Gemäss unserer Beurteilung ist deshalb Option 7 zu bevorzugen.

3.3 Verbesserung der vorgeschlagenen Stiftungslösung

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, erscheinen die folgenden Verbesserungen als angezeigt:

Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 E-DBG; Art. 6a Abs. 3 E-StHG) sollte aufgrund der unter Ziffer 3.2 aufgezeigten Nachteile möglichst begrenzt werden. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 E-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 E-StHG) möglichst weit zu umschreiben.

Dazu sollte in Art. 10a Abs. 1 E-DBG und in Art. 6a Abs. 1 E-StHG festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist.

Weiter sollte in Art. 10a Abs. 2 Bst. b E-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b E-StHG festgehalten werden, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 E-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 205g E-DBG und Art. 78h E-StHG) soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung.

Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf zehn Jahre befristet werden. Auch sollten nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (d. h. vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der

Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen wären somit entsprechend anzupassen.



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Introduction du trust : modification du code des obligations

Madame la conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous consulter dans le cadre le cadre de projet visant à introduire le trust en tant que nouvelle institution dans notre ordre juridique.

Afin d'être le plus lisible possible, nos observations porteront, avant de conclure, sur trois axes : les préoccupations liées à la protection des intérêts des parties directement ou indirectement concernées par un trust, les remarques relatives à la forme du trust tel qu'il est envisagé, et tel qu'il pourrait être aménagé pour assurer une meilleure protection et enfin les aspects fiscaux liés au trust.

Protection des intérêts des parties indirectement concernées

Le trust a pour conséquence, et c'est ce qui le différencie notablement par rapport à la fiducie, de transférer la propriété des biens au trust lui-même et non plus de les maintenir dans le patrimoine du disposant. Le risque de soustraction de biens à des ayants droits ou à des créanciers est donc important. Toutefois, le projet de loi ne prévoit pas d'aménagements particuliers pour éviter les abus, l'article 529b, al. 6 du projet se contentant de renvoyer la protection des intérêts du conjoint, du partenaire enregistré, des héritiers ou des créanciers aux dispositions du droit actuel. Toutefois, avec le trust, les risques sont grands que les dispositions, par exemple, sur les réserves héréditaires ou sur la part du régime matrimonial due au conjoint soient difficiles à faire respecter, surtout s'il est constitué bien avant que le décès ou le divorce du constituant. Les actions en justices risquent d'être bien compliquées et il est à craindre que beaucoup y renoncent pour des raisons de coûts et aussi d'incertitudes liées à l'établissement des faits. Nous estimons donc que le projet de loi, s'il n'est pas sensiblement aménagé pour protéger tous les intérêts en présence, pourra faciliter toutes sortes d'abus.

Forme et nature du trust suisse

Le trust tel qu'il est conçu dans le projet de loi est facile à créer, puisqu'il peut l'être en la forme écrite simple. Cette facilité de constitution, présente, de notre point de vue, des risques

importants aussi pour le constituant lui-même, qui, s'il n'est pas aguerri dans cette matière complexe, pourra prendre des dispositions dont il est possible par la suite qu'il regrettera.

C'est pourquoi, au regard de tous les risques que le trust crée - sans prendre en compte ici les risques liés à la criminalité économique, plus spécialement le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, évoqués dans le rapport explicatif ! - nous sommes d'avis que des mesures doivent être prises pour protéger les intérêts en cause.

Celles-ci pourraient prendre les formes suivantes :

- a) Le recours à la forme authentique pour créer le trust. Cette forme qualifiée devrait permettre de s'assurer que le constituant (et au « trustee » aussi) est bien conscient des conséquences que le « trustee » aura, tant au niveau personnel et familial, que vis-à-vis de ses créanciers et du fisc.
- b) L'obtention du consentement, en la forme authentique, du conjoint ou du partenaire (comme dans le cautionnement commercial, art. 494 CO) ou d'une décision de l'autorité de protection des adultes et de l'enfance pour des héritiers mineurs.
- c) Pour le trust commercial, le recours par analogie aux dispositions de protection des créanciers prévues dans la loi sur les fusions (LFus). Plus particulièrement, si l'on se réfère aux scissions, le principe des appels aux créanciers et du droit pour ceux-ci de se faire rembourser ou garantir leurs créances, ou, si l'on se réfère au transfert de patrimoine, le principe de solidarité du constituant (trois ans) et celui de la transparence (inventaire des biens transférés consultable dans un registre).
- d) Conformément au droit de l'UE, les trusts devraient être obligatoirement inscrits dans un registre public. S'éloigner de ce principe crée des risques élevés que des trusts servent à des opérations criminelles évoquées dans le rapport (blanchiment d'argent et financement du terrorisme). Sur ce point, nous sommes d'avis qu'il est contre-productif de vouloir aligner le régime du trust suisse sur celui de pays peu soucieux de ces questions fondamentales, et plus encore de vouloir les concurrencer. L'inscription dans un registre public (le registre du commerce pourrait aisément jouer ce rôle) permettrait d'obtenir les informations indispensables pour notifier des poursuites et actionner un trust en justice (existence du trust, siège et adresse, organisation (trustee)). À défaut, l'opacité des trusts pourrait devenir problématique.

Aspects fiscaux

Du point de vue fiscal, nous sommes d'avis que le nouveau droit du trust ne doit pas être destiné à permettre de poursuivre des objectifs de planification fiscale qui ont pour but, par définition, d'économiser des impôts.

Selon le service des contributions de notre canton, la pratique actuelle en matière d'imposition du trust (qui repose sur une directive du 21 août 2007 de la Conférence suisse des impôts) est suffisante pour traiter des conséquences fiscales du trust. Toutefois, si un ancrage légal était souhaité, c'est la recommandation 7 du projet qui devrait être retenue puisqu'elle est la plus proche de la directive actuelle.

Nous partageons ainsi l'avis selon lequel le patrimoine et les revenus du trust doivent être imputés au constituant, même si celui-ci s'est définitivement dessaisi du patrimoine. Cette approche fiscale, qui s'écarte, certes, d'une approche purement civiliste (mais c'est souvent le cas en matière fiscale) est à même d'éviter que le trust soit utilisé pour permettre au constituant de soustraire une partie de ses biens et revenus aux autorités fiscales. Elle permet aussi

d'assurer la sécurité juridique des trusts domiciliés à l'étranger, par les conventions de doubles impositions.

Conclusion

En conclusion, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas créer une institution juridique qui présente des risques élevés tant pour le constituant que pour les membres de sa famille et pour ses créanciers. Nous sommes défavorables au projet qui nous est soumis.

Deux solutions peuvent être envisagées pour limiter ces risques :

- a) Aménager le trust dans le sens d'une plus grande transparence (inscription dans un registre public), mettre des cautions juridiques pour protéger les intéressés et limiter les abus (forme authentique, consentements des membres de la famille (trusts de famille), et protéger les créanciers selon certains principes de la LFus (trusts commerciaux).
- b) Abandonner l'idée du trust en tant qu'institution juridique suisse en soi et adapter le droit de la fiducie, des fondations de famille et du transfert de patrimoine, par exemple, pour donner des solutions proches du trust mais s'inscrivant dans notre ordre juridique existant.

Nous regrettons que ces pistes n'aient pas été abordées dans la rapport explicatif, alors que, par exemple, un aménagement du droit de la fiducie pour se rapprocher du trust a fait l'objet de beaucoup d'études.

En vous remerciant encore de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération

Neuchâtel, le 27 avril 2022

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
L. FAVRE

La chancelière,
S. DESPLAND





KANTON
NIDWALDEN

LANDAMMANN UND
REGIERUNGSRAT

Dorfplatz 2, Postfach 1246, 6371 Stans
Telefon 041 618 79 02, www.nw.ch

dCH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 12. April 2022

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts). Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) unter anderem bei den Kantonen das Vernehmlassungsverfahren zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts).

1 Einführung des Trusts als neues Institut des Schweizer Zivilrechts

Der Vorentwurf sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht einzuführen. Der Trust wird definiert als Zuwidmung von Vermögenswerten durch den Begründer (Settlor) zu einem Sondervermögen, das vom Trustee im Interesse der Begünstigten gehalten und verwaltet wird (Art. 529a E-OR). Begründet wird die Einführung des Schweizer Trusts damit, dass im Bereich der Vermögensstrukturierung und der Nachlassplanung der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen ein inländisches Vehikel zur Verfügung gestellt werden soll. Heute würden die entsprechenden Marktbedürfnisse mit teilweise komplexen ausländischen Strukturen befriedigt. Damit werde die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors erhöht (Erläuternder Bericht, Ziffer 1.2.3).

Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu Common Law-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.

Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.

Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken fragt sich, ob die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht überhaupt angezeigt ist.

2 Keine Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts

Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (DBG, StHG und VStG) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust enthalte das diesbezügliche Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (Erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.1).

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

3 Beurteilung der vorgeschlagenen Änderung des Steuerrechts

Sollte dennoch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung eingeführt werden, wird der Vorentwurf wie folgt beurteilt:

3.1 Beschreibung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung

Steuerlich werden drei Arten von Trusts unterschieden: Als **Revocable Trusts** werden Trusts bezeichnet, bei denen sich der Begründer nicht definitiv seines Vermögens entäussert hat, so insbesondere Trusts, die der Begründer kontrolliert oder widerrufen kann. Hat sich der Begründer unwiderruflich seines Vermögens entäussert und bestehen Ansprüche der Begünstigten auf das Vermögen oder die Einkünfte des Trusts oder kontrollieren diese den Trust, liegt ein **Irrevocable Fixed Interest Trust** (unwiderruflicher Trust mit festen Ansprüchen) vor. Bestehen dagegen bei einem unwiderruflichen Trust keine Ansprüche und keine Kontrolle des Trusts durch die Begünstigten, liegt ein **Irrevocable Discretionary Trust** (unwiderruflicher Ermessenstrust) vor.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf Revocable und Irrevocable Fixed Interest Trusts der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim Revocable

Trust dem Begründer, beim Irrevocable Fixed Interest Trust den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer.

Bei Irrevocable Discretionary Trusts erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an den Begründer, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sogenannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur bei im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts wird von einer Zurechnung an den Begründer abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten der Einkommenssteuer; davon ausgenommen ist das ursprünglich eingebrachte Trustkapital.

Der Vorentwurf sieht vor, dass Irrevocable Discretionary Trusts, abweichend von der heutigen Praxis, wie Stiftungen als selbständige Steuersubjekte behandelt werden („Stiftungslösung“). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

3.2 Bewertung und bevorzugte Regelungsvariante

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziffer 5.1.4.4 des Erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

3.2.1 Argumentation für Option 5, wenn eine gesetzliche Regelung erfolgen soll

Nach unserer Auffassung ist eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von Irrevocable Discretionary Trusts an Begründer bzw. Begünstigte vorzuziehen (insbesondere Optionen 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.
- Da die Erträge und das Vermögen laufend beim Begründer bzw. bei den Begünstigten besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des

Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.

- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 5 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab: Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt dann beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen aber verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blosser Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer bzw. Begünstigte hingegen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst die heute erfolgende Zurechnung an den Begründer bzw. an die Begünstigten auf breite Akzeptanz in der Praxis.

Zusammenfassend erscheint deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von Irrevocable Discretionary Trusts an den Begründer bzw. an die Begünstigten als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 5 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge dem Begründer und nach dessen Tod den Begünstigten zugerechnet werden. Gemäss unserer Beurteilung ist deshalb Option 5 zu bevorzugen.

3.2.2 Verbesserung der vorgeschlagenen Stiftungslösung

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, erscheinen die folgenden Verbesserungen als angezeigt:

Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 E-DBG; Art. 6a Abs. 3 E-StHG) sollte aufgrund der unter Ziffer 3.2 aufgezeigten Nachteile möglichst begrenzt werden. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 E-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 E-StHG) möglichst weit zu umschreiben.

Dazu sollte in Art. 10a Abs. 1 E-DBG und in Art. 6a Abs. 1 E-StHG festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist.

Weiter sollte in Art. 10a Abs. 2 Bst. b E-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b E-StHG festgehalten werden, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 E-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 E-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 205g E-DBG und Art. 78h E-StHG) soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung.

Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf zehn Jahre befristet werden. Auch sollten nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (d. h. vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen wären somit entsprechend anzupassen.

Der Regierungsrat Nidwalden bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Grundsätzlich lehnen wir die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht mit Blick auf den begrenzten Nutzen und den aufgezeigten Risiken ab. Aufgrund der etablierten Praxis besteht keine Notwendigkeit zur Schaffung einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts. Sollte eine gesetzliche Regelung angestrebt werden, würde die Regelungsoption 5 in Ziffer 5.1.4.4 des Erläuternden Berichts vorgezogen. Als nächstbeste Möglichkeit würde die Regelungsoption 1 (mit den erwähnten Ergänzungen unter Ziff. 3.2.2) eingeschätzt. Wir danken für die Berücksichtigung unserer Vorbehalte.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Karin Kayser-Frutschi
Landammann



lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:
- zz@bj.admin.ch



CH-6061 Sarnen, Postfach 1562, Staatskanzlei

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartements EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

per Mail: zz@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.4272

Sarnen, 12. April 2022

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 geben Sie uns die Möglichkeit, zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen.

1. Allgemeine Bemerkungen zur Vorlage

Die ausführlichen Vernehmlassungsunterlagen erlauben einen differenzierten Blick über die Vorlage. Fraglich ist, ob der vorgeschlagene Trust tatsächlich eine echte Alternative für natürliche und juristische Personen bietet, die weder ein ausländisches Rechtsinstitut noch ein Gebilde nach Schweizer Recht in Anspruch nehmen wollen. Es erscheint zwar sinnvoll, dass der Vorentwurf nicht einfach ausländisches Recht abbildet, sondern auf im Schweizer Recht bereits bekannten Regeln und Prinzipien beruht, da dies einen hohen Grad an Rechtssicherheit garantiert. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Schaffung eines materiellen Trustrechts in der Schweizer Gesetzgebung zu begrüßen.

Die Vorlage wird seitens Kanton Obwalden mehrheitlich kritisch beurteilt, da die heutige Praxis insbesondere für die Steuerverwaltung genügt. Die Erfahrung der Schweizerischen Steuerkonferenz zeigt, dass Trusts üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet werden und deshalb zu erwarten ist, dass auch der Trust nach Schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. Zudem haben die gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen, wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken fragt sich, ob die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht überhaupt angezeigt ist.

2. Keine Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts

Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, DBG [SR 642.11], Steuerharmonisierungsgesetz, StHG [SR 642.14] und Verrechnungssteuergesetz, VStG [SR 642.21]) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust enthalte das die heutige Praxis regelnde Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.1).

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamts für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

3. Beurteilung der vorgeschlagenen Änderung des Steuerrechts

Sollte dennoch eine ausdrückliche steuergesetzliche Regelung eingeführt werden, wird in Anlehnung an die Vernehmlassung der Schweizerischen Steuerkonferenz zum Vorentwurf Folgendes festgehalten:

3.1 Beschreibung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung

Steuerlich werden drei Arten von Trusts unterschieden: Als Revocable Trusts werden Trusts bezeichnet, bei denen sich der Begründer nicht definitiv seines Vermögens entäussert hat, so insbesondere Trusts, die der Begründer kontrolliert oder widerrufen kann. Hat sich der Begründer unwiderruflich seines Vermögens entäussert und bestehen Ansprüche der Begünstigten auf das Vermögen oder die Einkünfte des Trusts oder kontrollieren diese den Trust, liegt ein Irrevocable Fixed Interest Trust (unwiderruflicher Trust mit festen Ansprüchen) vor. Bestehen dagegen bei einem unwiderruflichen Trust keine Ansprüche und keine Kontrolle des Trusts durch die Begünstigten, liegt ein Irrevocable Discretionary Trust (unwiderruflicher Ermessenstrust) vor.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf Revocable und Irrevocable Fixed Interest Trusts der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim Revocable Trust dem Begründer, beim Irrevocable Fixed Interest Trust den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer.

Bei Irrevocable Discretionary Trusts erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an den Begründer, wenn dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sogenannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur

bei im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts wird von einer Zurechnung an den Begründer abgesehen, auch nachdem dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten der Einkommenssteuer; davon ausgenommen ist das ursprünglich eingebrachte Trustkapital.

Der Vorentwurf sieht vor, dass Irrevocable Discretionary Trusts, abweichend von der heutigen Praxis, wie Stiftungen als selbstständige Steuersubjekte behandelt werden („Stiftungslösung“). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Erträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

3.2 Bewertung und bevorzugte Regelungsvariante

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziffer 5.1.4.4 des erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet.

Der Kanton Obwalden lehnt sich hier an die Vernehmlassung der Schweizerischen Steuerkonferenz an. Danach ist eine gesetzliche Regelung, die der geltenden Praxis entspricht, vorzuziehen (Option 7). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben;
- Da die Erträge und das Vermögen des Binnentrusts laufend beim Begründer besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an;
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung in Frage gestellt werden;
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim Irrevocable Discretionary Trust häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch kann in solchen Fällen die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonale Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten;
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 7 unabhängig davon, wo der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab. Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung: Es wird dann nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und -erträgen erfolgt beim Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähig-

keit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich dieser definitiv des Trustvermögens entäussert habe. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an Begründer durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst bereits heute die Zurechnung an den Begründer auf breite Akzeptanz in der Praxis. Auch die von der Lehre ebenfalls kritisierte unterschiedliche Behandlung von in der Schweiz und im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts lässt sich mit den unterschiedlichen Rechtsordnungen im Errichtungszeitpunkt sachlich begründen. Zudem nehmen auch angelsächsische Staaten eine solche Unterscheidung vor (vgl. erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).

Zusammenfassend erscheint deshalb eine an die geltende Praxis angelehnte Lösung als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 7 erreicht werden, gemäss welcher Trustvermögen und -erträge von Binnentrusts dem Begründer zugerechnet werden.

3.3 Verbesserung der vorgeschlagenen Stiftungslösung

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, erscheinen die folgenden Verbesserungen als angezeigt:

- Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 VE-DBG; Art. 6a Abs. 3 VE-StHG) sollte aufgrund der unter Ziffer 3.2 aufgezeigten Nachteile möglichst begrenzt werden. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 VE-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 VE-StHG) möglichst weit zu umschreiben;
- Dazu sollte in Art. 10a Abs. 1 VE-DBG und in Art. 6a Abs. 1 VE-StHG festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 VE-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist;
- Weiter sollte in Art. 10a Abs. 2 Bst. b VE-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b VE-StHG festgehalten werden, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziffern 1, 2, 4 oder 5 VE-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 VE-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können;
- Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs (Art. 205g VE-DBG und Art. 78h VE-StHG) soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden;
- Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung;
- Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf zehn Jahre befristet werden. Auch sollten nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (d. h. vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen wären somit entsprechend anzupassen.

4. Anpassung der Grundbuchverordnung

Sollte der Trust tatsächlich in das Schweizerische Recht aufgenommen werden, wäre nebst den erwähnten Änderungen im OR, ZGB usw. auch die Grundbuchverordnung (GBV; SR 211.432.1) anzu-

passen: In Art. 58 GBV sollten in Klammer nebst dem Art. 149d IPRG auch der Art. 529m OR und der Art. 962b ZGB aufgeführt werden.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Daniel Wyler
Landammann



Nicole Frunz Wallimann
Landschreiberin



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundesrain 20
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 74 44
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 29. April 2022

**Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Vernehmlassungs-
antwort**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie den Kantonen die Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts [SR 220]) samt erläuterndem Bericht zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für diese Gelegenheit und nehmen gern wie folgt Stellung:

Wir lehnen die Einführung des Trusts nach schweizerischem Recht ab. Wir erkennen keine Notwendigkeit zur Schaffung dieses Instruments, das vor allem einer kleinen Zahl vermögender Personen mit Bezug zu Common Law-Staaten dient, denen bereits nach geltendem schweizerischem Recht ausreichende Alternativen zur Verfügung stehen. Der zu erwartende wirtschaftliche Effekt im Kanton St.Gallen wäre bescheiden und vermag die mit dem Trust verbundenen Unwägbarkeiten und Missbrauchsmöglichkeiten sowie das Reputationsrisiko nicht zu überwiegen. Sofern der Trust dennoch eingeführt werden sollte, unterstützen wir in steuerlicher Hinsicht die Option 5.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Im Namen der Regierung


Marc Mächler
Präsident


Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
zz@bj.admin.ch

Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@sh.ch

Regierungsrat

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

per Email an: zz@bj.admin.ch

Schaffhausen, 22. März 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie uns in vorgenannter Angelegenheit zur Stellungnahme eingeladen. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und teilen Ihnen mit, dass wir die unterbreitete Vorlage ablehnen. Zu den Gründen verweisen wir – sowohl in genereller wie auch in steuerrechtlicher Hinsicht – auf die Vernehmlassung der Schweizerischen Steuerkonferenz SSK.



Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates
Die Präsidentin:



Dr. Cornelia Stamm Hurter

Der Staatsschreiber:



Dr. Stefan Bilger

Regierungsrat

Rathaus
Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
so.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

29. März 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022 in oben genannter Angelegenheit, danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

Wir begrüssen die Schaffung des Trusts nach schweizerischem Recht, zumal dieser hinsichtlich der Organisationsstruktur und der zu bildenden Organe grundsätzlich demjenigen des bewährten ausländischen Rechts entsprechen soll. Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens für die Schweiz am 1. Juli 2007 ist die Entstehung und das Bestehen eines Trusts nach ausländischem Recht bereits heute in der Schweiz erlaubt, so beispielsweise im Rahmen eines Erbgangs aufgrund einer entsprechenden Verfügung von Todes wegen. Wir befürworten die Einführung des neuen Titels 22^{bis} mit den entsprechenden Bestimmungen im Obligationenrecht und den dadurch erforderlichen Änderungen in weiteren Erlassen.

Auch die vorgeschlagene steuergesetzliche Regelung begrüssen wir. So wird die in der gelenden Praxis übliche Zurechnung der Trusteinkommen an den Begründer, soweit es sich um einen Revocable Trust handelt, sowie die Zurechnung an die Begünstigten mit Rechtsansprüchen bei unwiderruflichen Trusts (Irrevocable Fixed Interest Trusts) beibehalten. Als sachgerecht erachten wir die vorgeschlagene Regelung, den Irrevocable Discretionary Trust für den Anteil des Vermögens und Einkommens, die auf in der Schweiz ansässige Begünstigte entfallen, als eigenes Steuersubjekt zu besteuern. Dadurch wird eine steuerliche Gleichbehandlung mit einer Familienstiftung erreicht. Zudem führt die Wahl eines ausländischen Trustees nicht – wie bisher – ohne Weiteres zu anderen Steuerfolgen als die Wahl eines Schweizer Trustees. Mögliche Steuerlücken werden damit geschlossen. Klare steuergesetzliche Regelungen schaffen Rechtssicherheit und kodifizieren die für ausländische Trusts bereits bestehende Praxis. Die angedachte Regelung steht im Einklang mit der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und trägt dem Legalitätsprinzip Rechnung.

Wir unterstützen die zur Vernehmlassung stehende Vorlage des Bundesrates. Zu den einzelnen Bestimmungen haben wir keine Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüßen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Dr. Remo Ankli
Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber

Regierungsratsbeschluss

vom 29. März 2022

Nr. 2022/502

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Schreiben an das Bundesamt für Justiz

1. Erwägungen

Die Staatskanzlei unterbreitet dem Regierungsrat das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) zur Beratung und Beschlussfassung.

2. Beschluss

Auf Antrag der Staatskanzlei wird das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) beschlossen.



Andreas Eng
Staatsschreiber

Beilage

Schreiben an das Bundesamt für Justiz vom 29. März 2022

Verteiler

Staatskanzlei
Staatskanzlei, Legistik und Justiz (3)
Obergericht
Finanzdepartement
Gerichtskonferenz, p. Adr. Guido Walser, Amtsgerichtspräsident Thal-Gäu, Schmelzihof
Medien (elektronischer Versand durch STK Kommunikation)

VERSENDET AM 19. APR. 2022

kanton**schwyz** 

6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Schwyz, 12. April 2022

Einführung des Trusts (Änderung Obligationenrecht)

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement den Kantonsregierungen die Unterlagen zur Einführung des Trusts (Änderung Obligationenrecht) zur Vernehmlassung bis 30. April 2022 unterbreitet.

Der Regierungsrat unterstützt die Stellungnahme des Vorstands der Finanzdirektorenkonferenz (FDK) vom 18. März 2022 und lehnt die Schaffung einer rechtlichen Grundlage für einen Schweizer Trust ab. Aus steuerrechtlicher Sicht besteht kein Handlungsbedarf. Dem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz und insbesondere für den Finanzplatz gegenüber.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Frau Bundesrätin, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



Petra Steimen-Rickenbacher
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie an:

- die Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Frau Karin Keller-Sutter
Bundesrätin
Bundeshaus West
3003 Bern

Frauenfeld, 12. April 2022

236

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (OR; SR 220) sowie weiterer Bundesgesetze und teilen Ihnen mit, dass wir mit dem Entwurf grundsätzlich einverstanden sind. Zu einzelnen Änderungen des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) und des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG; SR 642.14) bitten wir Sie indessen, die nachfolgenden Bemerkungen für die weiteren Gesetzgebungsarbeiten zu berücksichtigen.

Art. 10a Abs. 1 DBG und Art. 6a Abs. 1 StHG

In Art. 10a Abs. 1 DBG und Art. 6a Abs. 1 StHG sollte nach unserer Auffassung festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn die Begründerin oder der Begründer nach Art. 529e Abs. 1 Ziff. 1, 2, 4 oder 5 OR über entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn die Begründerin oder der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigte oder Begünstigter ausgeschlossen ist.

Art. 10a Abs. 2 lit. b DBG und Art. 6a Abs. 2 lit. b StHG

Die Art. 10a Abs. 2 lit. b DBG und Art. 6a Abs. 2 lit. b StHG sollten vorsehen, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese nach Art. 529e Abs. 1 Ziff. 1, 2, 4 oder 5 OR über entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

2/2

Art. 205g DBG und Art. 78h StHG

Gemäss den vorgeschlagenen Übergangsbestimmungen soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der vorliegenden Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangslösung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden. Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Rulings bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung. Eine zeitlich unbegrenzte Übergangsregelung erscheint mit Blick auf die Rechtsgleichheit und Praktikabilität als problematisch. Aus diesem Grunde schlagen wir vor, die Übergangsregelung zeitlich auf 10 Jahre zu befristen.

Mit freundlichen Grüssen

Die Präsidentin des Regierungsrates



Der Staatsschreiber





Numero
2048

cl

0

Bellinzona
27 aprile 2022

Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Gentile signora
Karin Keller-Sutter
Consigliera Federale
Dip. fed. di giustizia e polizia
Palazzo Federale
3003 Berna

zz@bj.admin.ch

Procedura di consultazione

Introduzione del trust nel diritto svizzero (modifica del Codice delle obbligazioni)

Gentile Consigliera federale,

La ringraziamo innanzitutto per l'opportunità che ci viene data di esprimerci sul tema dell'introduzione dell'istituto del Trust nell'ordinamento giuridico svizzero.

Abbiamo attentamente esaminato tutta la documentazione messa a disposizione e ci permettiamo di esprimere qui di seguito diverse considerazioni di ordine civile e fiscale.

Premessa

Innanzitutto prendiamo atto che il Dipartimento federale di giustizia e polizia, con l'avamprogetto posto in consultazione propone in particolare di introdurre nel diritto svizzero l'istituto giuridico del trust, tramite la modifica del Codice delle obbligazioni (nuovi articoli 529a-529w), come pure di disciplinare esplicitamente i rapporti di trust nelle leggi fiscali e di adeguare diverse altre leggi federali (CC, CPC, LEF, LIDP, CP e LIsFi).

Come indicato nel Rapporto esplicativo¹, sebbene attualmente la Svizzera non disponga di una propria legislazione in materia di trust, i trust stranieri sono riconosciuti nel nostro Paese dal 2007 e costituiscono già oggi una realtà economica. **In linea generale salutiamo positivamente l'introduzione di tale nuovo istituto giuridico nel diritto svizzero, il quale, a nostro modo di vedere, ha il pregio di rendere la Svizzera più al passo con i tempi, offrendo uno strumento moderno e versatile, che può essere impiegato per diversi fini e in vari contesti.**

¹ Rapporto esplicativo per l'avvio della procedura di consultazione, Introduzione del trust: modifica del Codice delle obbligazioni, pag. 2 (di seguito: **Rapporto**).

Rileviamo tuttavia che alcune associazioni di categoria, da noi interpellate, hanno sollevato diversi dubbi in relazione all'effettiva efficacia delle nuove norme. In particolare, la posizione del mondo bancario sarebbe molto scettica, in quanto **gli aspetti giuridici e fiscali, così come proposti nell'avamprogetto, renderebbero il nuovo strumento poco attrattivo per la piazza finanziaria svizzera.**

In questa presa di posizione, ci soffermeremo in particolar modo sulle criticità rilevabili a livello di trattamento fiscale, dopo aver interpellato a riguardo anche la nostra autorità fiscale cantonale.

Ambito esecutivo e fallimentare

La novella legislativa ha il pregio di creare un nuovo foro esecutivo in Svizzera senza più fare ricorso alle norme sul diritto internazionale privato. L'art. 284a LEF, che stabilisce le regole in caso di esecuzione per debiti dei beni in trust, è modificato per tenere conto della possibilità di costituire un trust di diritto svizzero, abolendo di fatto i riferimenti alle disposizioni della LDIP nei capoversi 1 e 2 presenti nella norma attualmente in vigore. Di conseguenza il foro dell'esecuzione presso la sede del trust è sostituito da un foro presso il domicilio o la sede del trustee e da un secondo foro nel luogo di amministrazione del trust. Il contenuto del capoverso 3 della norma in oggetto rimane immutato, prevedendo la continuazione dell'esecuzione in via di fallimento, come attualmente.

Non è possibile definire l'impatto della modifica legislativa sulle procedure fallimentari in Ticino, ritenuto che dal 2007 (momento a partire dal quale i trust stranieri sono riconosciuti in Svizzera) nei circa 13'000 fallimenti decretati non figura alcuna procedura che abbia coinvolto trust.

Ambito dei registri (registro fondiario e registro di commercio)

In ambito di registro di commercio, la revisione di legge non tratta aspetti che toccano l'attività dell'Ufficio del registro di commercio (URC), ritenuto come il trust, al pari della società semplice e a differenza della fondazione, non viene iscritto in tale registro². Non trattandosi inoltre di un ente giuridico ai sensi dell'art. 927 CO, non potrà neppure essere iscritto nel registro di commercio in qualità di titolare di una funzione, in particolare quale socio di una Sagl (art. 119 cpv. 3 ORC).

Per quanto concerne il registro fondiario (RF), il trasferimento di beni immobili appartenenti a un trust necessita dell'atto pubblico, come ogni trasferimento di proprietà (art. 656 e 657 CC), tramite atto pubblico e successiva iscrizione nel RF. Per gli Uffici del registro fondiario (URF) non vi è pertanto un esame particolare da effettuare al momento in cui il trustee diventa proprietario del fondo oppure quando decide di disporne.

L'introduzione del trust nel diritto svizzero non avrà un grande impatto giuridico a livello di registro fondiario, nella misura in cui l'avamprogetto riprende i tratti essenziali del trust anglosassone, che gli URF già conoscono a seguito della ratifica da parte della Svizzera della Convenzione dell'Aia relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento e della conseguente modifica dell'Ordinanza sul registro fondiario (ORF). Le disposizioni dell'ORF concernenti l'attestazione del titolo giuridico da produrre in relazione all'acquisto da parte di un trust, rispettivamente l'iscrizione della menzione del rapporto di trust sono già applicate per i trust di diritto straniero. Le iscrizioni sono tuttavia rare, in quanto attualmente gli acquisti da parte di trust stranieri trovano frequentemente un ostacolo nell'applicazione della Legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero

² Rapporto, pag. 19.

(LAFE). Si prevede che con l'introduzione del trust svizzero le iscrizioni in questo ambito aumenteranno, in quanto l'istituto sarà utilizzato maggiormente a beneficio di persone non assoggettate alla LAFE.

Secondo le attuali istruzioni dell'Ufficio federale di giustizia in materia LAFE, l'apporto di un fondo nel patrimonio di un trust dovrebbe essere sistematicamente rinviato all'Autorità LAFE, in quanto la verifica dell'identità dei beneficiari e di altre condizioni che potrebbero assoggettare l'acquisto all'obbligo dell'autorizzazione esula dal potere d'esame degli URF. In particolare l'atto di trust non costituisce un documento necessario per le iscrizioni inerenti a un trust (art. 67 ORF). Quindi anche i trust costituiti secondo il diritto svizzero dovranno a nostro avviso essere rinviati alla LAFE per un esame dell'atto costitutivo e per l'identificazione dei beneficiari finali.

Si ritiene che le nuove disposizioni del CO sul trust verranno applicate in maniera limitata dagli URF, in quanto, come attualmente per i trust stranieri, per l'iscrizione del trasferimento di immobili nel patrimonio del trust valgono le regole generali (atto pubblico e iscrizione a RF). Per esempio, in caso di alienazione a terzi di un immobile appartenente al patrimonio di un trust da parte del trustee, gli URF non dovranno verificare il potere di disporre del trustee secondo le facoltà conferitegli dall'atto di trust. Infatti la menzione del rapporto di trust – se esistente – ha solo un effetto di pubblicità verso i terzi e non costituisce una limitazione del potere di disporre del trustee. Per l'iscrizione della menzione, specie se postulata dal trustee successivamente al trapasso in suo favore, gli URF dovranno solo accertare l'esistenza del trust e l'appartenenza dell'immobile al patrimonio del trust, tramite una serie di documenti. Riflessioni puntuali dovranno tuttavia essere fatte circa l'imposizione cantonale delle iscrizioni nel RF.

Aspetti fiscali

Mantenimento delle prassi attuali svizzere per quanto attiene al trattamento fiscale del trust?

Secondo l'avamprogetto in consultazione la prassi attuale relativa al trattamento fiscale in Svizzera dei trust di diritto estero, concretizzata attraverso le Circolari no. 20 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni e no. 30 della Conferenza svizzera delle imposte, è in parte criticata dalla dottrina poiché ritenuta come contraria alla Costituzione per quanto attiene alla tipologia di trust denominata Trust irrevocabile discrezionale (Irrevocable discretionary trust).³

Nella pratica si constata però che la prassi attuale ancorata nelle due Circolari ha fatto prova negli scorsi anni di reggere eventuali critiche dottrinali e/o giurisprudenziali e di essere largamente accettata ed applicata dalle autorità fiscali e dai contribuenti⁴, anche per quanto attiene al Trust irrevocabile discrezionale. L'imputazione fiscale dei beni di questi trust al disponente (Settlor), rispettivamente ai beneficiari (Beneficiaries) appare come una soluzione pragmatica che evita particolari lacune, nonché un aggravio fiscale troppo oneroso durante la vita di questo istituto. L'attuale prassi risulta inoltre conforme alle Convenzioni contro la doppia imposizione (CDI).⁵

Le sette diverse opzioni presentate nell'avamprogetto ci rafforzano inoltre nella convinzione che una soluzione veramente idonea a risolvere tutti gli aspetti fiscali relativi

³ Rapporto pag. 41.

⁴ Rapporto, pag. 66.

⁵ Rapporto, pag. 40.

al Trust irrevocabile discrezionale secondo il diritto svizzero non è ancora stata trovata, in quanto tutte le varianti presentano dei punti giuridicamente deboli almeno altrettanto rilevanti di quelli sollevati dalla maggioranza della dottrina per quanto attiene all'apparente anticostituzionalità delle soluzioni previste nelle attuali Circolari.

Con queste premesse, non possiamo che porci la domanda se legiferare in merito al trattamento fiscale di un trust di diritto svizzero sia effettivamente necessario oppure, come sembrerebbe essere il caso, non sia più opportuno rinunciare a tale quadro legale formale, continuando a basarci su delle prassi fiscali, ormai consolidate a livello svizzero, che hanno fatto prova di poter risolvere in maniera idonea molte fattispecie relative a questo istituto.

Fatta questa doverosa premessa, qualora la maggioranza del Parlamento dovesse ritenere comunque opportuno legiferare sin da subito anche in materia fiscale, ci permettiamo di rilevare i seguenti punti.

Art. 10a cpv. 1 e 2 LIFD, art. 6a cpv. 1 e 2 LAID

Trust revocabile (revocable trust) e trust irrevocabile fisso (irrevocable fixed interest trust)

La proposta di non modificare il trattamento fiscale del trust revocabile e del trust irrevocabile fisso, conformemente all'attuale Circolare no. 20 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) e Circolare no. 30 della Conferenza Svizzera delle imposte, ci trova pienamente concordi. Il nuovo art. 10a della legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD), per quanto attiene ai suoi capoversi 1 e 2, appare adeguato.

Art. 10a cpv. 3 e 4 LIFD, art. 6a cpv. 3 e 4 LAID, art. 55 cpv. 5 LIFD e art. 205g LIFD

Trust irrevocabile discrezionale (irrevocable discretionary trust)

a. Opzione 1: soluzione fondazione

L'avamprogetto, tra le varie opzioni, predilige l'opzione 1 (detta anche soluzione fondazione), la quale prevede che i trust irrevocabili discrezionali siano trattati alla stregua delle fondazioni e, pertanto, come soggetti fiscali indipendenti. L'imposizione è subordinata al fatto che almeno uno dei beneficiari sia assoggettato illimitatamente in Svizzera. Qualora non sia possibile determinare i beneficiari, il trust è assoggettato illimitatamente se il disponente è imponibile in Svizzera in virtù della sua appartenenza personale o lo era al momento del decesso (art. 10a cpv. 3 LIFD). Se in base a una CDI applicabile, il trust di diritto svizzero di cui al capoverso 3 è residente all'estero, il suo reddito è aggiunto a quello del disponente (art. 10a cpv. 4 LIFD).

Nonostante il Consiglio federale stesso indichi nel suo Rapporto esplicativo che questa opzione risulta largamente meno attrattiva per la piazza finanziaria Svizzera, esso ha comunque deciso di optare per questa alternativa dando prevalenza al criterio della costituzionalità rispetto a quello di creare nuove opportunità di affari e di lavoro per la Svizzera.⁶

⁶ Rapporto pag. 2 e 79.

L'opzione 1 presenta inoltre diverse criticità di ordine pratico per le amministrazioni e di carico fiscale per i contribuenti da non sottovalutare, in quanto potrebbero rendere estremamente difficoltosa l'applicazione delle norme di cui all'art. 10a cpv. 3 e 4. In sintesi, le criticità riscontrate sono le seguenti:

- a. Identificare chi sono i potenziali beneficiari di un trust irrevocabile discrezionale non è sempre evidente, in quanto il potere discrezionale del trustee nella scelta degli stessi può essere estremamente esteso. Con queste premesse, appare altrettanto difficoltoso per le autorità fiscali poter verificare se almeno uno di questi sia assoggettato illimitatamente in Svizzera.
- b. Ai fini dell'imposizione del trust risulta inoltre difficile determinare la quota di imposizione di un beneficiario residente in Svizzera che detiene una mera aspettativa sui beni del trust. Il calcolo del substrato da imporre in Svizzera potrebbe, in questi casi, anche comportare delle decisioni inique e creare delle disparità di trattamento difficilmente giustificabili.
- c. La soluzione scelta implica inoltre una triplice imposizione del trust, decisamente onerosa:
 - i. Al momento della sua costituzione, con l'imposta cantonale di donazione o successione;
 - ii. Durante la vita dello stesso, con l'imposta sugli utili e sul capitale alla stregua della fondazione;
 - iii. Al momento dell'attribuzione ai beneficiari, con l'imposta sul reddito.
- d. Il capoverso 4 prevede inoltre che se in base a una CDI il trust svizzero è residente all'estero, il suo reddito è aggiunto a quello del disponente (in Svizzera). In tale norma non si fa alcuna distinzione tra disponente residente all'estero e disponente residente in CH al momento della costituzione del trust. Ciò sembrerebbe implicare che un trust svizzero con sede all'estero costituito da un residente all'estero, il quale solo successivamente si trasferisce in Svizzera, potrebbe venire attratto fiscalmente su territorio CH attraverso un assoggettamento illimitato del trust per trasparenza. Ciò andrebbe chiaramente ad aggravare la situazione del trust svizzero, rispetto a un trust di diritto estero che viene regolarmente costituito dal disponente residente all'estero, il quale, dopo essersi completamente e definitivamente spossessato di parte dei suoi beni, decide di trasferire la sua residenza in Svizzera. In questi casi, infatti, il trust estero non è imposto sul nostro territorio secondo la prassi attuale. La nuova misura potrebbe risultare pertanto peggiorativa per i trust svizzeri rispetto ai trust esteri.
- e. La responsabilità solidale prevista al nuovo art. 55 cpv. 5, pone ulteriori problematiche di ordine giuridico e pratico. In particolare, si fa notare come spesso i beneficiari di un trust irrevocabile discrezionale, oltre a beneficiare di mere aspettative e di nessun (o quasi) diritto certo, non sanno nemmeno di essere stati designati come potenziali beneficiari dal disponente. Anche considerando l'evenienza che questi ultimi lo sapessero, essi non hanno sovente la possibilità di avere alcuna informazione in merito e non possono in nessun modo influenzare la gestione del trust. Prevedere, in questo contesto, una loro responsabilità solidale ai fini fiscali appare una forzatura poco rispettosa della natura giuridica stessa del trust.

Questa responsabilità solidale dovrebbe semmai toccare il trustee, il quale è il solo soggetto in grado di determinare la destinazione dei redditi e dei beni in trust e,

pertanto, di poter influire sul substrato economico con cui dovrebbero essere ossequiate anche le obbligazioni tributarie. In questa analisi, potrebbe rientrare anche la figura del “protector”, il quale ha pur sempre il ruolo di vigilare sull’operato del trustee. Prevedere espressamente la responsabilità solidale del trustee (e del protector) per le imposte dovute dal trust in Svizzera, inserendo altresì una clausola “liberatoria” qualora essi possano dimostrare di aver usato tutta la diligenza richiesta dalle circostanze appare più conforme alla legge e alla natura stessa del trust, in analogia con i principi della responsabilità solidale dell’amministratore e del liquidatore ai sensi dell’art. 55 cpv. 1 e 2 LIFD.

- f. Anche la disposizione transitoria di cui l’art. 205g LIFD ci appare poco chiara e a rischio di interpretazioni che potrebbero in qualche modo violare il principio della buona fede. Se il trattamento fiscale di un trust è stato confermato nel quadro giuridico previgente, ad esempio per il tramite di un ruling, una disposizione transitoria che sancisce in maniera molto generica che i trust a cui il disponente attribuisce cose, crediti o altri beni dopo la data dell’entrata in vigore della nuova legge sono assoggettati alle nuove norme, appare troppo vaga e priva di una delimitazione di tempo. Ciò potrebbe portare a delle interpretazioni che vanno a rimettere in discussione l’intero istituto del trust, considerato come plausibile sino alla pubblicazione dell’avamprogetto di legge.

Tutte le criticità elencate, ci portano a concludere che l’opzione 1 scelta dal Consiglio federale non può essere condivisa e deve, a nostro parere, essere rigettata.

b. Altre soluzioni prospettate, in particolare l’opzione 7

Tutte le diverse opzioni presentate nel Rapporto esplicativo mostrano in sostanza degli aspetti positivi e degli aspetti negativi, senza che sia stata trovata, a nostro avviso, una soluzione “omnicomprensiva”. La scelta dell’opzione, pertanto, dipende sostanzialmente da una ponderazione degli interessi in gioco e dei relativi vantaggi e svantaggi insiti in ogni opzione.⁷

A fronte di un’analisi preliminare, portata avanti con l’aiuto della Divisione delle contribuzioni, si è arrivati alla conclusione che la soluzione che tiene maggiormente conto della natura stessa del trust, degli interessi della piazza finanziaria svizzera, nonché delle legittime pretese delle autorità fiscali, ove il substrato fiscale possa effettivamente essere riconducibile al nostro territorio, appare essere l’opzione 7, la quale riprende nell’essenza per i trust di diritto svizzero l’attuale prassi già applicata per i trust di diritto estero.

In generale, i vantaggi derivanti da questa soluzione possono essere sintetizzati come segue:

- a. Al momento dell’istituzione di un trust di diritto svizzero da parte di un disponente residente in Svizzera, i redditi e i beni istituiti in trust rimangono attribuiti al disponente e continuano a essere imposti a quest’ultimo. Per i trust irrevocabili discrezionali istituiti quando il disponente era domiciliato all’estero e dopo il

⁷ Rapporto, pagg. 73 e segg.

- decesso del disponente non avviene momentaneamente alcuna attribuzione fino al momento in cui si effettuano delle prestazioni in favore di determinati beneficiari assoggettati in Svizzera. Fanno eccezione i redditi del trust provenienti da imprese, stabilimenti di impresa e fondi siti in Svizzera. Tali redditi vengono attribuiti al trustee, che viene quindi assoggettato limitatamente all'imposta.
- b. Al fine di evitare future perdite di substrato fiscale al momento dell'istituzione del trust, la variante B dell'opzione 7 prevede che una successiva distribuzione del capitale del trust ai beneficiari costituisca una donazione indiretta che non sottostà all'imposta sul reddito, per il fatto che il trasferimento iniziale del capitale dal disponente al trust viene già imposto come donazione (o successione) all'aliquota applicabile al grado di parentela tra il disponente e i beneficiari più lontani (e non sistematicamente all'aliquota più alta come nel caso dell'Opzione 1). Restano, per contro, assoggettate all'imposta sul reddito le distribuzioni ai beneficiari non qualificate come distribuzioni dei beni costituiti inizialmente in trust.
 - c. Con questa soluzione, non si crea alcun soggetto fiscale nuovo, evitando anche tutta una serie di oneri amministrativi supplementari non indifferenti (iscrizione a registro dei contribuenti del trust, dichiarazione fiscale da allestire, accertamento da effettuare sul nuovo soggetto fiscale, sistemi informatici da adeguare, ecc.).
 - d. Il trattamento fiscale durante la vita del trust non dipende dalla sede del trust ai sensi delle CDI applicabili, e in particolare non dipende dal domicilio del trustee, per cui non appare necessario prevedere alcuna clausola sussidiaria come per l'opzione 1.
 - e. Il disponente domiciliato all'estero che costituisce un trust irrevocabile discrezionale al momento in cui risiede effettivamente all'estero, indipendentemente se opta per un trust di diritto estero o per un trust di diritto svizzero, non dovrebbe essere imposto in Svizzera nel caso in cui non vi siano legami particolari con il nostro territorio. Non si può pertanto considerare che vi sia disparità di trattamento in questi casi ove l'unico eventuale legame con il nostro territorio è dato dalla scelta del diritto svizzero per gestire gli affari "interni" del trust.

Per tutti questi motivi, riteniamo che l'opzione 7, qualora si decida di legiferare anche in ambito di fiscalità, sia l'opzione da considerare (con una preferenza per la variante B).

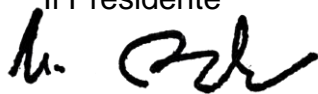
Conclusioni

In ogni caso, è importante ribadire la necessità di preservare quanto già fatto in ambito di prassi fiscali, **evitando assolutamente di introdurre soluzioni legislative che peggiorino la situazione dei soggetti fiscali che "ruotano" attorno all'istituto del trust rispetto al trattamento che ricevono attualmente**. In caso contrario, l'esercizio stesso di introdurre un trust nel nostro ordinamento giuridico rischierebbe di rimanere un esercizio fine a sé stesso.

Ringraziandola per l'attenzione che vorrà prestare a queste nostre osservazioni porgiamo, signora Consigliera federale, l'espressione della nostra alta stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente


Manuele Bertoli

Il Cancelliere


Arnoldo Coduri

Copia a:

Dipartimento delle istituzioni (dir-di@ti.ch)

Divisione delle contribuzioni (dfe-dc@ti.ch)

Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)

Pubblicazione in internet



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 12. Januar 2022 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) den Regierungsrat im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Stellung zu nehmen. Wir äussern uns dazu wie folgt:

Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht grundsätzlich fremd. Er wird erfahrungsgemäss fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common Law-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von sehr vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen wird. In Betracht käme dieser hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu Common Law-Staaten. Folglich stünde der Schweizer Trust in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen.

Dem begrenzten Nutzen stehen für die Schweiz jedoch gewichtige Reputations- und finanzielle Risiken gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.

Weiter ist kein Bedarf für eine spezialgesetzliche Regelung von Trusts im Schweizer Steuerrecht erkennbar, da sich die heutige Praxisanwendung ohne Rechtsnachteile bewährt hat. Sollte jedoch eine

gesetzliche Regelung weiterverfolgt werden, ist die Option 5 den anderen Handlungsoptionen vorzuziehen, da diese eine möglichst weitgehende Zurechnung von Irrevocable Discretionary Trusts an den Begründer bzw. an die Begünstigten gewährleistet.

Gestützt auf die Ausführungen lehnen wir die Einführung des Trusts im Schweizer Recht ab. Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren vom 18. März 2022.

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 29. April 2022



Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Der Kanzleidirektor

Urban Camenzind

Roman Balli

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de justice
et police (DFJP)
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : 22_GOV_49

Lausanne, le 6 avril 2022

Introduction du trust : modification du code des obligations - Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat vous remercie pour votre courrier du 12 janvier 2022 nous informant de l'ouverture de la procédure visant à l'introduction du trust en tant que nouvelle institution juridique dans le droit suisse. Il a pris connaissance du présent avant-projet auquel il ne peut toutefois pas adhérer.

En effet, d'une manière générale, il convient de constater que le trust étant un instrument quasi exclusif des pays du *common law*, son équivalent indigène entrerait dès lors en concurrence directe avec les trusts des pays d'origine des personnes qui habituellement y font appel, à savoir les personnes physiques fortunées. De plus, l'introduction de cette nouvelle institution juridique dans le droit suisse représenterait des risques réputationnels non négligeables pour la Suisse et sa place financière. Partant, le Conseil d'Etat en conclut que compte tenu de l'utilité limitée et des risques qu'il implique, il ne peut se prononcer en faveur de l'introduction du trust dans le droit suisse.

Par ailleurs, du point de vue civil, cette modification ne va pas sans soulever des questions juridiques, notamment sous l'angle des principes généraux et de la systématique du droit suisse.

Ainsi, le trust, tel qu'il est prévu dans le projet examiné, introduit un nouveau type de propriété puisque le trustee devient propriétaire des biens du trust sans pour autant que ces derniers n'entrent dans son patrimoine. C'est ce que le rapport explicatif désigne par le « patrimoine d'affectation ». Partant, le principe d'unité du patrimoine, propre au régime suisse des droits réels, est dès lors écarté. Ce nouveau type de propriété paraît difficilement compatible avec le régime des droits réels suisses et le *numerus clausus* qui s'y applique, comme le rappelle la doctrine ci-après :

« Les types de droits réels sont limitativement énumérés par la loi : propriété, servitudes, charges foncières et droits de gage (...). Ce numerus clausus s'explique par le fait que le droit réel est opposable à tous (...) : chacun doit donc pouvoir déterminer clairement le contenu des droits réels constitués. Le numerus clausus contribue en outre à la sécurité des transactions juridiques. » (Steinauer, Les droits réels I, Berne, 2012)

Le projet de droit du trust soumis (art. 529a – 529w CO) introduit donc tacitement un nouveau type de droit réel, respectivement de droit de propriété, sans pour autant que le livre quatrième du Code civil suisse (« Des droits réels ») ne règle véritablement cette nouvelle institution. Il en découle une insécurité et une imprécision juridique, s'agissant encore une fois de droits réels opposables à tous, contrairement à l'esprit et à la systématique du Code civil.

Le présent avant-projet ne semble pas non plus traiter de toutes les problématiques liées à l'introduction du trust dans notre ordre juridique. Ainsi, le rapport explicatif est muet sur la question de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE), domaine dans lequel le nouveau droit du trust risque d'avoir des répercussions importantes.

Enfin le nouveau droit du trust pourrait possiblement entraîner une augmentation importante des coûts judiciaires. En effet, outre la nouveauté et l'imprécision qui caractérisent cette nouvelle institution juridique, le projet a également pour effet de créer des fors dans notre pays (cf. art. 39a CPC) pour les litiges relevant du droit des Trusts. Ce type de véhicules d'optimisation fiscale porte souvent sur des patrimoines considérables avec des structures complexes et internationales qui n'ont souvent qu'un rapport ténu, pour ne pas dire inexistant avec la Suisse. En cas de litige, ces structures peuvent donner lieu à des procédures conséquentes qui engendrent des frais et nécessitent des ressources considérables, sans pour autant être véritablement liées à la Suisse.

Par ailleurs, si la solution du traitement fiscal retenue par l'avant-projet devait s'appliquer, elle pourrait décourager des personnes au bénéfice de structures trustales de venir s'établir en Suisse, voire même de les faire partir, ce qui impacterait négativement les rentrées fiscales du canton.

Afin de traiter les trusts fondés à l'étranger, que la Suisse se doit de reconnaître depuis la Convention de Lugano, les administrations fiscales s'appuient actuellement sur la circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts. Cette dernière quoique critiquée par une partie de la doctrine est largement acceptée par les mandataires et les administrations fiscales et son application crée peu de contentieux. Ainsi, du point de vue fiscal, il ne s'avère pas nécessaire de légiférer en la matière. La même conclusion s'imposerait en cas d'adoption du projet civil.

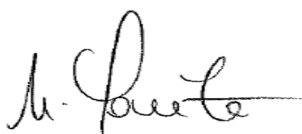
En conclusion, le Conseil d'Etat ne souhaite pas l'introduction de cette nouvelle institution juridique dans le droit suisse notamment compte tenu des réserves formulées ci-avant.

Nous vous remercions d'avoir consulté le Canton de Vaud sur ce projet et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE

LE CHANCELIER

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "N. Gorrite".

Nuria Gorrite

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "A. Buffat".

Aurélien Buffat

Courrier envoyé sous forme électronique à zz@bj.admin.ch

Copies

- OAE
- ACI



Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesrätin Karin Keller-Suter
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 5. April 2022 rv

**Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) –
Stellungnahme Kanton Zug**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie den Kanton Zug eingeladen, zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts, OR) Stellung zu nehmen.

Vorbemerkungen:

Es ist sinnvoll, das Rechtsinstitut des Trusts auch in der Schweiz zu regeln, da der Trust in der Schweiz bereits heute bekannt und verbreitet ist. Wir befürworten die Herangehensweise, den Trust als neues Rechtsinstitut sui generis einzuführen, beruhend auf Rechtsinstituten des Schweizer Rechts, ohne Übernahme der common law Konzepte.

Wir begrüssen, dass die Gesetzesvorlage bezüglich des Erbrechts den Schutz der Rechte der Erben des Trustbegründers regelt, insbesondere das Herabsetzungsrecht (Art. 528 Abs. 3 ZGB). Unklar ist, inwieweit auch eine Ausgleichungspflicht derjenigen Erben besteht, die Ausschüttungen vom Trust erhalten haben. Im Weiteren befürworten wir, dass in der Trusturkunde die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vorgesehen werden kann. Damit können Familien im Rahmen der Nachlassplanung die Austragung erbrechtlicher Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten vermeiden.

Insbesondere begrüssen wir die Rechtssicherheit, die im Bereich des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, SR 211.412.41) geschaffen wird. Das Einbringen eines Grundstücks in ein Trustvermögen stützte sich bislang auf die Rechtsprechung, die bezüglich der Bewilligungspflicht gemäss BewG nicht konstant und auch nicht unbestritten war. Mit der Einführung des Trusts im OR liegen nun Normen vor, die Unklarheiten bezüglich der Bewilligungspflicht im Wesentlichen beseitigen. Ein Problem sehen wir im Falle des Revocable Trusts, wenn der in der Schweiz wohnhafte ausländische Trustbegründer, der ein Grundstück in den Trust eingebracht hat, die Schweiz verlässt und danach den Trust widerruft. Die Rückübertragung des Grundstücks vom Trustee auf den Begründer wäre dann aufgrund des BewG bewilligungspflichtig.

Ergänzend stellen wir folgende

Anträge:

Antrag 1: zu Art. 529m OR

Die öffentlichen Register sind nicht auf die in Art. 149d IPRG genannten Register zu begrenzen.

Begründung:

Art. 529m regelt, dass bei einem in einem öffentlichen Register eingetragenen Trust, das Trustverhältnis angemerkt sein muss, ansonsten dieses gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Der erläuternde Bericht spricht im Zusammenhang mit den öffentlichen Registern explizit nur von den von Art. 149d IPRG erfassten Registern. Unseres Erachtens erscheint aber die Offenlegung des Trustverhältnisses nicht nur dort sinnvoll, wo das öffentliche Register die Eigentumsübertragung selbst bewirkt, sondern auch dort, wo das Gesetz einen Dritten in seinem guten Glauben schützt, wenn dieser sich auf eine im Register eingetragene bzw. nicht eingetragene Tatsache verlässt.

Antrag 2: zu Art. 529n Abs. 2 OR

Die Bestimmungen des SchKG in Bezug auf die Auskunftspflicht und Herausgabepflichten sind zu prüfen und allenfalls anzupassen, so dass für die Konkursämter eine auskunfts- und herausgabepflichtige Person bezeichnet ist.

Begründung:

Das Trustvermögen haftet nur für in den Bestimmungen der Trusturkunde bestimmte Verbindlichkeiten und für solche, die aus der gehörigen Erfüllung der Funktion des Trustees entstanden sind. Es ist für alle anderen Verbindlichkeiten einer Zwangsvollstreckung entzogen.

Aufgrund dieser Bestimmung ist im Falle eines Konkurses des Trusts sicherzustellen, dass die Konkursverwaltung die Trusturkunde erhält.

Antrag 3: Art. 529r OR

In Art. 39 SchKG ist eine Formulierung für die Betreuung auf Konkurs eines Trusts aufzunehmen.

Begründung:

Gemäss dem erläuternden Bericht kann analog der Aktiengesellschaft über den Trust den Konkurs eröffnet werden. Sinnvollerweise sollte auch Art. 39 SchKG entsprechend ergänzt werden. Ansonsten erfolgt die Konkurseröffnung nur bei Überschuldung, jedoch nicht auf Betreuung.

Antrag 4: Art. 284a SchKG

In Art. 284a SchKG ist die Formulierung «Trustee als Vertreter des Trusts» beizubehalten.

Begründung:

In der heute gültigen Fassung wird von der Betreuung gegen den Trustee als Vertreter des Trusts gesprochen. Sinnvollerweise sollte dies in der neuen Fassung beibehalten werden, um Unklarheiten zu vermeiden.

Antrag 5:

Bezüglich der steuerlichen Behandlung des Trusts sind im Bereich des Irrevocable Discretionary Trusts Verbesserungen vorzunehmen.

Begründung:

Die im Entwurf gewählte Option 1 (Erläuternder Bericht S. 72 ff.) führt dazu, dass der Trust in der Nachlassplanung steuerlich unattraktiv ist. Die übertragenen Vermögenswerte werden bei der Errichtung der Erbschafts- und Schenkungssteuer zum Tarif für Nichtverwandte unterliegen. Die Ausrichtung von Leistungen wird der Einkommenssteuer unterliegen.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Zug, 5. April 2022

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Martin Pfister
Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Versand per E-Mail an:

- zz@bj.admin.ch (in Word- und PDF-Datei)
- Obergericht (info.og@zg.ch) (PDF)
- Finanzdirektion (info.fd@zg.ch) (PDF)
- Volkswirtschaftsdirektion (info.vds@zg.ch) (PDF)
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (info.awa@zg.ch) (PDF)
- Handelsregister- und Konkursamt (contact.hra@zg.ch) (PDF)
- Staatskanzlei zur Veröffentlichung auf der Homepage (info.staatskanzlei@zg.ch) (PDF)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

6. April 2022 (RRB Nr. 578/2022)

**Änderung des Obligationenrechts, Einführung des Trusts
(Vernehmlassung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 haben Sie uns die Änderung des Obligationenrechts (OR, SR 220; Einführung des Trusts) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

A. Bemerkungen im Allgemeinen

Mit der vorgeschlagenen Regelung soll der Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht eingeführt werden. Der Trust wird dabei definiert als «Zuwidmung von Vermögenswerten durch einen oder mehrere Begründer zu einem Sondervermögen, das von einem oder mehreren Trustees im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet wird» (Art. 529a Abs. 1 VE-OR).

Dem erläuternden Bericht (Ziff. 1.2.3) zufolge soll mit dem Schweizer Trust der Finanzindustrie und ihren Klientinnen und Klienten ein inländisches Rechtsinstrument für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen zur Verfügung gestellt werden.

Nach den Ausführungen im Bericht wird der Bedarf nach Lösungen zur Vermögensstrukturierung und Nachlassplanung heute zum Teil mit sehr komplexen Strukturen befriedigt, seien dies ausländische Rechtsinstrumente oder unzulängliche inländische Konstrukte.

Von der Einführung eines Schweizer Trusts werden verschiedene positive Auswirkungen erwartet, insbesondere eine Steigerung der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors, neue Geschäftsmöglichkeiten, eine Zunahme der Steuereinnahmen und mehr Rechtssicherheit.

Damit stellt sich die Frage nach dem international massgebenden Markt für Truststrukturen, also nach dem jeweils bestehenden oder geplanten Trustrecht auf den ausländischen Finanzplätzen, die in Konkurrenz mit dem schweizerischen Finanzsektor stehen oder stehen würden; dies insbesondere auch, weil der Trust dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht grundsätzlich fremd ist. Er wird nach den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu Common-Law-Staaten verwendet. Es

ist deshalb schwer verständlich, weshalb im erläuternden Bericht rechtsvergleichende Ausführungen zum Trustrecht insbesondere in den US-Gliedstaaten Delaware, Nevada, Texas, South Dakota und Wyoming sowie in Panama und Singapur fehlen. Wir ersuchen deshalb um entsprechende Ergänzungen oder eine Begründung für diese Auslassung. Ob das geschätzte Volumen (erläuternder Bericht, S. 25) sich angesichts dieser Umstände tatsächlich verwirklichen wird, kann zurzeit nicht abgeschätzt werden. Immerhin sind die Errichtung und die Verwaltung einer Truststruktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von sehr vermögenden Privatpersonen errichtet, und es ist davon auszugehen, dass der Trust nach schweizerischem Recht mehrheitlich für den kleinen Kreis der sehr vermögenden Privatpersonen mit Bezug zu Common-Law-Staaten in Betracht kommen wird. Dabei wird er zudem in Konkurrenz zu Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.

B. Notwendige Ergänzungen des Vorentwurfs

I. Compliance

Mit dem Schweizer Trust soll nach angelsächsischem Vorbild ein Rechtsinstitut geschaffen werden, bei dem verschiedene Personen in einem bestimmten Rechtsverhältnis zueinander stehen. Dieses ist hinsichtlich Zweck und Kontext flexibel und kann deshalb auch missbraucht werden, insbesondere für Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung und Steuerhinterziehung. Die Gegenspieler des Schweizer Finanzplatzes sind dabei etwa international ausgerichtete kriminelle oder terroristische Organisationen, die ihrerseits über Fachleute für Trusts und ähnliche Rechtsvehikel verfügen.

Aus Compliance-Sicht und um Transparenz zu schaffen, wäre es deshalb zwingend, ein obligatorisches, nicht öffentliches Trustregister vorzusehen, das für die Aufsichts-, Steuer- und Strafverfolgungsbehörden jederzeit einsehbar ist. Die auch für die Schweiz verbindlichen internationalen Transparenzanforderungen für Rechtsvereinbarungen und Trusts werden aufgrund der Geldwäschereirisiken aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit verschärft werden.

II. Anforderungen an die Trustees

Da die Funktion als Trustee nicht beschränkt ist, können gemäss dem Vorentwurf auch Personen ohne besondere Kenntnisse Trustee werden. Mit Blick auf die Erfahrungen mit Gesellschaften, die nach Art. 727a Abs. 2 OR auf die eingeschränkte Revision verzichtet haben, erscheint es uns zwingend erforderlich, dass eine Kontrollinstanz für Trusts geschaffen wird, die von Personen ohne Bewilligung als Trustee im Sinne des Finanzinstitutsgesetzes vom 15. Juni 2018 (FINIG, SR 954.1) geführt werden.

Die wesentlich grössere Flexibilität des Trusts im Vergleich zur Stiftung, welche die Starrheit der Stiftung wie auch des Erfordernisses einer Revisionsstelle einer Stiftung vermeidet, scheint dazu einzuladen, auch die Schutzvorschriften der Stiftung effektiv zu umgehen. Während der Trust nur ein Sondervermögen bildet, ist er immerhin doch ein Sondervermögen. Geschäftlich unerfahrene Personen würden deshalb mit reduzierter Buchführung (Art. 529h Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR) im Interesse Dritter Vermögen verwalten. Der Gang zum Gericht wird aufgrund der Kosten in kleinen und mittleren Verhältnissen regelmässig gescheut. Es wäre deshalb unseres Erachtens nochmals zu prüfen, ob entweder die Eigenschaft als Trustee auf nach dem FINIG bewilligte Finanzinstitute zu beschränken wäre oder ob bei «Laientrusts» eine Stelle ähnlich der Revisionsstelle im Gesellschaftsrecht zwingend zu verlangen wäre (oder gar zusätzlich oder alternativ eine Aufsichtsstelle ähnlich der Kommanditaktiengesellschaft, Art. 768 OR).

Sofern nicht beschränkt wird, wer Trustee werden kann, regen wir an, die Finanzmarktgesetzgebung zu überarbeiten, indem anstelle von «Trustee» konsequent von «gewerbsmässiger Trustee» gesprochen wird. Ansonsten könnte der Begriff im Finanzinstitutsgesetz missverständlich sein, wenn nicht der gesamte Erlass vorgängig studiert wird.

III. Anforderungen an die Form des Trusts

Die einfache Schriftform für die Begründung erscheint uns nicht ausreichend. Zum Vergleich sei die Gemeinderschaft nach Art. 336 ff. ZGB erwähnt, mit der ein Vermögen mit einer Familie dadurch verbunden werden kann, dass Verwandte entweder eine Erbschaft ganz oder zum Teil als Gemeinderschaftsgut fortbestehen lassen, oder dass sie Vermögen zu einer Gemeinderschaft zusammenlegen (Art. 336 ZGB). Obwohl hierdurch nicht einmal ein Sondervermögen gebildet wird, ist für die Errichtung eine öffentliche Beurkundung erforderlich (Art. 337 ZGB). Ebenso bedürfen verschiedene Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Beurkundung (einschliesslich bereits jetzt solche aufgrund von Vorgängen bei Trusts, Art. 67 Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [SR 211.432.1]). Aufgrund der im Handelsregisteramt des Kantons Zürich gemachten Erfahrungen mit Abtretungsverträgen bei Stammanteilen der GmbH, Fusionsverträgen und Vermögensübertragungsverträgen regen wir dazu an, dass auch der Trust zur Errichtung und Änderung der öffentlichen Beurkundung bedarf. Das Notariat kann die Beteiligten an ihre Rechte und Pflichten erinnern, häufige Fehler von vornherein vermeiden und den effektiven Parteiwillen ermitteln. Ein gangbarer Mittelweg wäre allenfalls, dass der Trust grundsätzlich der öffentlichen Beurkundung bedarf, aber wenn einzige Trustees solche sind, die nach dem FINIG durch die FINMA bewilligt sind, diese stattdessen mit einfacher Schriftlichkeit begründet werden können.

IV. Bezeichnung des Trusts

Der Trust erhält eine «Bezeichnung» nach Art. 529b Abs. 4 VE-OR. Das Risiko einer Kollision von Bezeichnungen ist offenkundig, etwa wenn zwei verschiedene Hans Meier Trustees von zwei verschiedenen «Trust Meier» sind. Es erscheint deshalb für die Identifikation der einzelnen Trusts bei den Behörden und auch unter Privaten allenfalls sinnvoll, dass Trusts von den Steuerbehörden eine Unternehmens-Identifikationsnummer nach dem Bundesgesetz vom 18. Juni 2010 über die Unternehmens-Identifikationsnummer (SR 431.03) zugeteilt erhalten – unabhängig der Steuerfolgen –, wobei die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen noch zu schaffen wären.

V. Zu klärende Fragen aus handelsregister- und gesellschaftsrechtlicher Sicht

Die Vorlage lässt verschiedene Fragen aus handelsregister- und gesellschaftsrechtlicher Sicht offen, die geprüft und zu denen allenfalls Massnahmen getroffen werden sollten:

- Im erläuternden Bericht, S. 61f., wird erwähnt, dass «der Trust sogar als Rechtskonstrukt eine Alternative zum Einzelunternehmen oder zu den Handelsgesellschaften [...] bilden kann». Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Einzelunternehmen eine grundsätzliche Eintragungspflicht im Handelsregister ab einer Umsatzschwelle von Fr. 100 000 trifft (Art. 931 Abs. 1 OR). Das Verhältnis zwischen einem «Commercial Trust» und der Eintragungspflicht des Einzelunternehmens ist offen und sollte geprüft und allenfalls geklärt werden.

- Wie wirkt der Ausschluss des Fusionsgesetzes (SR 221.301) mit Art. 529s Abs. 4 VE-OR zusammen, wenn Trustees fusionieren? Diese Problematik spitzt sich zu, wenn die einzige Begründerin und Trustee als übertragende Rechtseinheit gelöscht wird und die einzige Begünstigte als übernehmende Rechtseinheit mit dem Trustee fusioniert.
- Wie wirken Art. 529g Abs. 5 Ziff. 2 VE-OR mit Art. 529g Abs. 1 VE-OR zusammen? Müssen mehrere Trustees auch immer gemeinsam zeichnen oder sind sie (nach aussen) je einzeln zur Verfügung über das Trustvermögen berechtigt? Wie wird dies Dritten gegenüber kommuniziert? Die Gemeinderschaft kennt die Eintragung des Hauptes der Gemeinderschaft im Handelsregister (Art. 341 Abs. 3 ZGB) als Möglichkeit, bei einer Personenmehrheit eines besonderen Vermögens die Vertretung gegen aussen zu beschränken.

C. Bemerkungen zu den steuergesetzlichen Regelungen

Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG, SR 642.11], Steuerharmonisierungsgesetz vom 14. Dezember 1990 [StHG, SR 642.14] und Verrechnungssteuergesetz vom 13. Oktober 1965 [VStG, SR 642.21]) ausdrücklich geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den «Irrevocable Discretionary Trust» enthalte das geltende Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.4.1).

Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt, und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend infrage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberaterinnen und -beratern sowie Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht (Ziff. 5.1.4.1) festgehalten, haben sich auch die Branchenvertretungen der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an die Begründerin oder den Begründer bzw. die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Die heutige Praxis ist auch konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (erläuternder Bericht, Ziff. 2.8).

Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis regen wir an, auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu verzichten. Wie im erläuternden Bericht (Ziff. 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

Sollte an der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung in den Steuergesetzen festgehalten werden, ist darauf hinzuweisen, dass steuerlich drei Arten von Trusts unterschieden werden:

- Als «Revocable Trusts» werden Trusts bezeichnet, bei denen sich die Begründerin oder der Begründer nicht definitiv ihres bzw. seines Vermögens entäussert hat, so insbesondere Trusts, welche die Begründerin oder der Begründer kontrolliert oder widerrufen kann.
- Hat sich die Begründerin oder der Begründer unwiderruflich ihres bzw. seines Vermögens entäussert und bestehen Ansprüche der Begünstigten auf das Vermögen oder die Einkünfte des Trusts oder kontrollieren diese den Trust, liegt ein «Irrevocable Fixed Interest Trust» (unwiderruflicher Trust mit festen Ansprüchen) vor.
- Bestehen dagegen bei einem unwiderruflichen Trust keine Ansprüche und keine Kontrolle des Trusts durch die Begünstigten, liegt ein «Irrevocable Discretionary Trust» (unwiderruflicher Ermessenstrust) vor.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung entspricht in Bezug auf «Revocable» und «Irrevocable Fixed Interest Trusts» der geltenden Praxis. Vermögen und Erträge werden beim «Revocable Trust» der Begründerin oder dem Begründer und beim «Irrevocable Fixed Interest Trust» den Begünstigten steuerlich zugerechnet. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten nicht der Einkommenssteuer.

Bei «Irrevocable Discretionary Trusts» erfolgt heute eine Zurechnung von Trustvermögen und von Trusterträgen an die Begründerin oder den Begründer, wenn diese bzw. dieser bei der Errichtung in der Schweiz ansässig war (sogenannter Binnentrust). Auf diese Weise wird eine Nichtbesteuerung des Trustvermögens vermieden. Nur bei im Ausland errichteten «Irrevocable Discretionary Trusts» wird von einer Zurechnung an die Begründerin oder den Begründer abgesehen, auch nachdem diese bzw. dieser in die Schweiz zugezogen ist. Ausschüttungen aus diesen Trusts unterliegen bei den Begünstigten der Einkommenssteuer. Davon ausgenommen ist das ursprünglich eingebrachte Trustkapital.

Nach dem Vorentwurf werden «Irrevocable Discretionary Trusts», in Abweichung von der heutigen Praxis, wie Stiftungen als selbstständige Steuersubjekte behandelt («Stiftungslösung»). Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens eine oder einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten. Hat der Trust Begünstigte in der Schweiz und im Ausland, ist somit nur der auf die Schweizer Begünstigten entfallende Anteil des Trustvermögens und der Trusterträge in der Schweiz steuerbar. Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, könnte die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen. In solchen Fällen werden Einkommen und Vermögen des Trusts der Begründerin oder dem Begründer zugerechnet (subsidiäre Regel). Zur Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz ist zudem eine solidarische Haftung von Begründerin oder Begründer und Begünstigten in der Schweiz für die Steuern des Trusts vorgesehen.

Wie die Bewertung der verschiedenen Regelungsoptionen in Ziff. 5.1.4.4 des erläuternden Berichts deutlich aufzeigt, weisen alle Optionen Vor- und Nachteile auf. Bei der Optionswahl ist deshalb entscheidend, wie stark man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen gewichtet. Nach unserer Auffassung ist eine gesetzliche Regelung mit einer möglichst umfassenden Zurechnung von Vermögen und Erträgen von «Irrevocable Discretionary Trusts» an Begründerin oder Begründer bzw. Begünstigte vorzuziehen (insbesondere Option 5). Eine solche Regelung hat gegenüber der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) die folgenden Vorteile:

- Bei der Errichtung des Trusts fallen keine oder nur tiefe Schenkungssteuern zum Verwandtentarif an. Bei der Stiftungslösung würden demgegenüber in verschiedenen Kantonen Schenkungssteuern zum hohen Nichtverwandtentarif erhoben.
- Da die Erträge und das Vermögen laufend bei der Begründerin oder dem Begründer bzw. den Begünstigten besteuert werden, fällt bei Ausschüttungen aus dem Trust anders als bei der Stiftungslösung keine Einkommenssteuer an.
- Der administrative Aufwand ist wesentlich geringer. Anders als bei der Stiftungslösung muss kein neues Steuersubjekt in die Steuerregister aufgenommen werden und es müssen keine zusätzlichen Veranlagungs- und Bezugsverfahren durchgeführt werden. Auch müsste nicht geprüft werden, ob die subsidiäre Regel anzuwenden ist. Weiter ist zur Sicherung des Steuersubstrats keine solidarische Haftungsregel erforderlich. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziff. 5.1.4.4) könnte die Verfassungsmässigkeit der solidarischen Haftung infrage gestellt werden.
- Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) stellen sich verschiedene schwierige Abgrenzungsfragen. Wohnen nicht alle Begünstigten in der Schweiz, kann die Bestimmung der in der Schweiz steuerbaren Anteile schwierig sein, da beim «Irrevocable Discretionary Trust» häufig nur unbestimmte Anwartschaften vorliegen. Auch können die Festlegung des Hauptsteuerdomizils des als Stiftung besteuerten Trusts und die interkantonalen Ausscheidung (falls die Begünstigten in verschiedenen Kantonen steuerpflichtig sind) praktische Probleme bereiten.
- Die steuerliche Behandlung des Trusts ist bei der Option 5 unabhängig davon, wo die oder der Trustee ansässig ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung (Option 1) hängt die Besteuerung in der Schweiz hingegen vom anwendbaren DBA ab: Ist der Trust gemäss DBA in einem anderen Staat ansässig, kommt die subsidiäre Regel zur Anwendung und es wird nicht mehr der Trust wie eine Stiftung als eigenständiges Steuersubjekt besteuert. Die Besteuerung von Trustvermögen und Trusterträgen erfolgt dann bei der Begründerin oder dem Begründer.

Diesen gewichtigen Vorteilen stehen verfassungsmässige Bedenken gegenüber. Gemäss Teilen der Lehre verstösst es gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wenn Vermögen und Erträge von Trusts der Begründerin oder dem Begründer zugerechnet werden, obwohl sich diese bzw. dieser endgültig des Trustvermögens entäussert habe. Auch eine Zurechnung an die Begünstigten verstösse gegen diesen Grundsatz, wenn diese über blosse Anwartschaften verfügen. Diese Kritik geht allerdings von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise aus. Wirtschaftlich betrachtet ist die Zurechnung an die Begründerinnen oder Begründer bzw. die Begünstigten hingegen durchaus sachgerecht. Nach dem Verständnis der an solchen Trusts Beteiligten (Begründerin oder Begründer, Begünstigte und Trustees) handelt es sich nämlich nicht um Vermögen von Dritten, sondern weiterhin um Familienvermögen. Aus diesem Grund stösst

die heute erfolgende Zurechnung an die Begründerin oder den Begründer bzw. die Begünstigten auf breite Akzeptanz in der Praxis. Zusammenfassend erscheint deshalb eine möglichst weitgehende Zurechnung von «Irrevocable Discretionary Trusts» an die Begründerin oder den Begründer bzw. die Begünstigten als sachgerecht. Eine solche könnte insbesondere mit Option 5 erreicht werden, gemäss deren Trustvermögen und Trusterträge der Begründerin oder dem Begründer und nach deren bzw. dessen Tod den Begünstigten zugerechnet werden. Gemäss unserer Beurteilung ist deshalb Option 5 zu bevorzugen.

D. Zu den Bestimmungen im Einzelnen

Zu Art. 529a VE-OR:

Die deutsche Standardsprache kennt die Ausdrücke «zuwidmen», «zugewidmet» und «Zuwidmung» nicht und diese sind nicht im «Duden» enthalten. Im schweizerischen Recht werden diese Ausdrücke bislang nicht verwendet. Im Interesse der Eindeutigkeit und Verständlichkeit des Gesetzestexts sollten bei dieser ohnehin komplexen Materie keine Wortneuschöpfungen verwendet werden. Zumindest sollte der erläuternde Bericht diese Neuschöpfungen klar definieren.

Zu Art. 529b Abs. 1 VE-OR / Art. 529d Abs. 1 VE-OR:

Der zwingende Inhalt der Trusturkunde ist unvollständig, weil aus Art. 529d Abs. 1 VE-OR die Erwartung hervorgeht, dass die Trusturkunde die Natur des Trusts entweder als «Fixed Interest Trust» oder als «Discretionary Trust» festlegt. Art. 529b Abs. 1 VE-OR ist deshalb entsprechend zu ergänzen, da sich ansonsten eine erhebliche Fehlerquelle ergeben könnte. Alternativ könnte auch Art. 529d Abs. 1 VE-OR den «Discretionary Trust» als Standardwert angeben.

Zu Art. 529c Abs. 1 VE-OR:

Die Bestimmung lässt zu, dass Begünstigte lediglich «anhand anderer Kriterien, die es erlauben, die Eigenschaft als Begünstigter im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung zu bestimmen» bestimmt werden können müssen. Dabei erscheint eine einfache Umgehung der Identifikationspflichten möglich durch folgende Konstruktion: Errichtung eines «Fixed Interest Trusts», Ausschüttung des «Fixed Interests» an Personen, die sich durch Inhaberpapier ausweisen können. Da die Identifikation nur im Zeitpunkt der Ausschüttung geprüft werden kann und muss, erscheint hier ein Missbrauch denkbar. Allenfalls wäre hier eine Einschränkung erforderlich in dem Sinne, dass die Stellung als Begünstigte oder Begünstigter nicht wertpapiermässig verbrieft werden kann oder von vornherein unübertragbar ist.

Zu Art. 529e Abs. 1 VE-OR:

Gemäss Art. 529k Abs. 2 VE-OR kann sich der Begründer ein Recht zur Klage gegen den Trustee infolge Pflichtverletzung vorbehalten. Dieses Recht wird in Art. 529e Abs. 1 VE-OR nicht erwähnt. Auch wenn die Aufzählung nicht abschliessend ist, erscheint die Bestimmung unvollständig. Wenn aber von vornherein die Aufzählung unvollständig ist, so wäre die Aufzählung – analog der Begründung der Aufhebung von Art. 627 OR – sinnvollerweise aus dem Gesetz zu entfernen.

Zu Art. 529g Abs. 5 VE-OR:

Gemäss Ziff. 1 sind mehrere Trustees gemeinschaftlich Träger des Vermögens. Im erläuternden Bericht heisst es dazu, dass Co-Trustees Miteigentümer des gesamten Trustvermögens seien. Wenn ein Co-Trustee ausscheide, verliere dieser seinen Anteil an der Gemeinschaft, was zu einer Erhöhung des Anteils der verbleibenden Co-Trustees führe. Wenn ein neuer Trustee dazu trete, werde dieser damit «Mitglied der Gemeinschaft» und erwerbe in Bezug auf Grundstücke ausserbuchlich Eigentum (erläuternder Bericht, S. 94). Gemäss Art. 646 Abs. 3 ZGB hat jedoch «Jeder Miteigentümer [...] für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers» und kann über den Anteil grundsätzlich selbstständig verfügen. Es erscheint uns fraglich, ob diese Selbstständigkeit von Co-Trustees tatsächlich gewünscht wird. Sollte dies der Fall sein, so widersprechen die im erläuternden Bericht beschriebenen Regeln zum Ausscheiden und Dazutreten von Co-Trustees den Grundprinzipien des Miteigentums.

Sind mehrere Personen Trustee, so sieht Art. 529g Abs. 5 Ziff. 2 VE-OR vor, dass die Entscheidungen einstimmig zu treffen sind, sofern die Trusturkunde nichts anderes bestimmt. Die Einstimmigkeit bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften hat im Handelsregisteramt schon mehrfach für Schwierigkeiten gesorgt, wenn Personen nicht mehr auffindbar sind. In diesem Sinne regen wir dazu an, allenfalls einen Mehrheitsbeschluss als Standardvariante vorzusehen. Allenfalls drängt sich als Alternative auf, dass die Trustees in der Trusturkunde ermächtigt werden, sich selbst zu konstituieren, mithin die Mehrheitserfordernisse und Vertretungsbefugnisse eigenständig zu regeln, was insbesondere bei gewerbmässigen Trustees eine sinnvolle Flexibilisierung zu sein scheint.

Zu Art. 529m VE-OR:

In diesen Zusammenhang weisen wir bereits heute auf notwendige Anpassungen der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) hin:

In öffentlichen Registern ist gemäss Art. 529m VE-OR eine Anmerkung auf das Trustverhältnis anzubringen. Dies betrifft auch die Handelsregisterverordnung, da es denkbar ist, dass ein Trust als GmbH-Stammanteillinhaber eingetragen ist (vgl. Art. 73 Abs. 1 Bst. i HRegV). Dagegen regelt aber Art. 119 HRegV den Eintragungsinhalt von eingetragenen Personen abschliessend. Entsprechend muss im Anschluss an die Einführung des Trusts im Obligationenrecht Art. 119 HRegV angepasst werden.

Dabei ist zu beachten, dass Art. 119 Abs. 3 HRegV auf «Rechtseinheiten» Bezug nimmt. Die Bedeutung des Begriffs «Rechtseinheit» ist in Art. 927 Abs. 2 OR festgelegt. Es ist deshalb darauf zu achten, dass hier mit dem Trust kein Widerspruch innerhalb von Art. 119 HRegV selbst geschaffen wird. Dabei ist auch daran zu denken, dass die einzutragenden Tatsachen zu belegen sind (Art. 929 Abs. 2 OR). Die Öffentlichkeit des Handelsregisters umfasst auch die Belege (Art. 936 Abs. 1 OR). Entsprechend wäre denkbar, die Trusturkunde als Beleg für die Eintragung als Trustee bei einer anderen Rechtseinheit einzureichen, womit die Trusturkunde öffentlich einsehbar würde. Allenfalls drängen sich hier besondere Ausnahmen von der Publizität (vgl. Art. 10 HRegV) auf.

Zu Art. 529s Abs. 1 VE-OR:

Dem Gesetzestext «nichts anderes bestimmt» ist zu entnehmen, dass von den dort dargestellten Regeln über die Beendigung der Funktion als Trustee oder Protektor frei abgewichen werden kann, also auch die in Art. 529s Abs. 1 VE-OR genannten Gründe für die Beendigung der Funktion wegbedungen werden könnten. Damit könnte aus der Formulierung insbesondere auch geschlossen werden, dass in der Trusturkunde durch den Begründer angeordnet werden könne, dass die Funktion des Trustees selbst im Falle des Eintritts seiner Urteilsunfähigkeit nicht ende (Ziff. 3 in Verbindung mit der einleitenden Formulierung in Abs. 1). Gemäss erläuterndem Bericht, S. 105, ist aber nur beabsichtigt, dass die Trusturkunde zusätzliche Gründe für die Beendigung bezeichnen kann. Dies sollte klargestellt werden.

Zu Art. 529v Abs. 3 VE-OR:

In den verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Art. 529v Abs. 3 VE-OR befindet sich ein Fehler: Es ist dort auf Art. 529s Abs. 2 und 3 VE-OR zu verweisen und nicht auf Art. 529u Abs. 2 und 3 VE-OR. Im erläuternden Bericht, S. 109, wird der richtige Verweis erwähnt.

Zu Art. 250 VE-ZPO:

Die vorgeschlagene Ergänzung der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) zu den summarischen Verfahren im Anwendungsbereich des Obligationenrechts lautet im Titel «Art. 250 Bst. b Ziff. 10–12». Es werden dann aber neue Ziff. 10–13 vorgeschlagen. Das ist im Titel zu korrigieren. Weiter fällt auf, dass in Ziff. 10–12 konkrete Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust nach einzelnen Bestimmungen des Entwurfs genannt werden, worauf Ziff. 13 lautet: «Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust (Art. 529v OR)». Unter diesen Begriff («Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust») würden die vorgeschlagenen Ziff. 10–12 ebenfalls fallen. Es wäre deshalb sinnvoll, bei Ziff. 13 die Formulierung «Weitere Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust (Art. 529v OR)» zu verwenden.

Zu Art. 10a VE-DBG und Art. 6a VE-StHG:

Sollte an der vorgeschlagenen Stiftungslösung (Option 1) festgehalten werden, erscheinen die folgenden Anpassungen als angezeigt:

Der Anwendungsbereich der Stiftungslösung (Art. 10a Abs. 3 VE-DBG; Art. 6a Abs. 3 VE-StHG) sollte aufgrund der unter Titel C aufgezeigten Nachteile möglichst begrenzt werden. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Zurechnung an den Begründer oder die Begünstigten (Art. 10a Abs. 1 und 2 VE-DBG und Art. 6a Abs. 1 und 2 VE-StHG) möglichst weit zu umschreiben.

Dazu sollte in Art. 10a Abs. 1 VE-DBG und in Art. 6a Abs. 1 VE-StHG festgehalten werden, dass insbesondere dann keine endgültige Entäusserung vorliegt, wenn der Begründer über Art. 529e Abs. 1 Ziff. 1, 2, 4 oder 5 VE-OR entsprechende Befugnisse verfügt oder wenn der Begründer in der Trusturkunde nicht unwiderruflich als Begünstigter ausgeschlossen ist.

Weiter sollte in Art. 10a Abs. 2 Bst. b VE-DBG und in Art. 6a Abs. 2 Bst. b VE-StHG festgehalten werden, dass auch dann eine Zurechnung an die Begünstigten erfolgt, wenn diese über Art. 529e Abs. 1 Ziff. 1, 2, 4 oder 5 VE-OR entsprechende Befugnisse verfügen oder wenn die Begünstigten die vorzeitige Auflösung des Trusts zu ihren Gunsten gemäss Art. 529u Abs. 2 VE-OR oder einer entsprechenden Bestimmung der Trusturkunde oder des anwendbaren Trustrechts verlangen können.

**Zu Art. 205g VE-DBG und Art. 78h VE-StHG:**

Gemäss den Übergangsbestimmungen des Vorentwurfs soll für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, bisheriges Recht gelten. Begründet wird diese Übergangsregelung damit, dass mit der Errichtung eines Trusts unter Umständen Vermögensdispositionen getroffen wurden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll daher eine grosszügige Übergangsregelung geschaffen werden.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass nach dem Verfassungsgrundsatz von Treu und Glauben bei einer Gesetzesänderung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Übergangsregelung besteht. Wurde die steuerliche Behandlung eines Trusts im Rahmen eines Entscheids bestätigt, steht der sich daraus ergebende Vertrauensschutz gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis unter Vorbehalt einer Gesetzesänderung.

Eine zeitliche unbegrenzte Übergangsregelung erscheint zudem mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Praktikabilität als problematisch. Eine gesetzliche Übergangsregelung sollte deshalb zeitlich auf zehn Jahre befristet werden. Auch sollten nur Trusts in den Genuss dieser Übergangsregelung kommen, die vor der Publikation des Vorentwurfs (also vor dem 12. Januar 2022) errichtet wurden. Bei nachher errichteten Trusts kann aufgrund der Publikation des Vorentwurfs kein Vertrauensschutz mehr geltend gemacht werden. Die Übergangsbestimmungen wären somit entsprechend anzupassen.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

Die Staatsschreiberin:

Jacqueline Fehr

Dr. Kathrin Arioli



Per Mail: zz@bj.admin.ch

Bern, 28. April 2022

Vernehmlassung: Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zur obengenannten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Allgemeine Bemerkungen

Die Mitte setzt sich ein für die Stärkung des Wirtschaftsstandortes Schweiz und damit verbunden für die Stärkung des Schweizer Finanzplatzes. Die Mitte steht der Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht grundsätzlich positiv gegenüber. Die Mitte ist der Ansicht, dass für einen Trust nach Schweizer Recht durchaus eine Nachfrage besteht und ein solcher einen Mehrwert schaffen kann.

Für die Mitte ist grundsätzlich wichtig, dass nicht einfach ein ausländisches Konstrukt auf die Schweiz übertragen wird. Die Mitte begrüsst deshalb, dass die gewählte Lösung soweit möglich auf hierzulande bereits bestehenden Regeln aufbaut. Auch dass der vorgeschlagene Rechtsrahmen so flexibel wie möglich ausgestaltet ist, erachten wir als positiv. Wichtig scheint uns zudem auch, dass die Transparenzvorgaben, wie vorgesehen, mit internationalen bzw. europäischen Standards vergleichbar sind, d.h. dass sogenannte «gleich lange Spiesse» gelten.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Die Mitte

Sig. Gerhard Pfister
Präsident Die Mitte Schweiz

Sig. Gianna Luzio
Generalsekretärin Die Mitte Schweiz

FDP.Die Liberalen, Postfach, 3001 Bern

Bern, 09.05.2022
Trust OR / MZ

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD

Elektronischer Versand:
zz@bj.admin.ch

Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

Ausgangslage

Anstoss für die Einführung eines Trusts in die schweizerische Rechtsordnung hat die Motion [18.3383](#) der ständerätlichen Rechtskommission gegeben. Aufgrund der Motion wurde der Bundesrat beauftragte die rechtlichen Grundlagen für einen Schweizer Trust zu schaffen. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit der vorliegenden Vorlage, bestehend aus einem Bündel an neuen OR-Bestimmungen, nachgekommen. Die Vorlage ist eingebettet zwischen den gesetzlichen Bestimmungen des Treuhands und der Stiftung und bildet ein Rechtsvehikel sui generis.

Das Potenzial des Trusts wurde schon vor knapp 20 Jahren vom ehemaligen FDP-Nationalrat Suter erkannt (s. Mo. Suter [03.3233](#)). Seither hat die FDP.Die Liberalen ununterbrochen ihr politisches Interesse im Parlament geäussert, um ebendiesen Trust in der Schweiz einzuführen (namentlich Po. Moret [10.3332](#) und Po. RL-Fraktion [15.3098](#)).

Da ein langjähriges liberales Interesse daran besteht, soll das Gesetzesprojekt unbedingt weiterhin verfolgt werden, weshalb die FDP die Vorlage auch unterstützt. Einzig in der Umsetzung und Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts sieht die FDP ein Verbesserungspotenzial, damit die Attraktivität des Trusts auch gewahrt bleibt.

Notwendige Einführung des Trusts

Der Trust ist ein ursprünglich angelsächsisches Instrument, welches dem Begründer (Settlor) erlaubt, Vermögenswerte auf eine andere Person (Trustee) für deren Verwaltung und Verwendung zugunsten eines bestimmten Zwecks zu übertragen. In der Praxis wird es insbesondere in der Planung des Nachlasses, der Vorsorge, der Erhaltung sowie zur Verwaltung grosser Vermögen verwendet. Alle bedeutenden Finanzplätze weltweit kennen den Trust und haben diesen teilweise bereits in ihrer Rechtsordnung integriert.

Der anfängliche politischer Unmut gegenüber der Einführung des Trusts kann auf die Befürchtung der Steuerhinterziehung und Geldwäscherei zurückgeführt werden. Nach der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ) im Jahr 2007 sind diese Einwände jedoch nicht mehr angebracht. Die Schweizer Anerkennung des ausländischen Trusts führt inländische zu punktuellen Rechtsanpassungen in verschiedenen Rechtsbereichen. Die FDP begrüsst die Schaffung schweizerischer Rechtsgrundlage. Die Vorlage fasst verschiedene Anpassungen zusammenfassen und befreit den Finanzmarkt von teilweise komplexen ausländischen Strukturen.

In wirtschaftlicher Hinsicht hat sich der Trust seit geraumer Zeit als wichtiges Instrument für die Schweizer Volkswirtschaft etabliert. Deswegen erscheint es konsequent dieses angelsächsische Vermögensverwaltungsinstrument in die hiesige Rechtsordnung einzuführen. Dies, um einerseits die Rechtssicherheit und andererseits die Standortattraktivität der Schweiz zu stärken.

Steuerrechtliche Bestimmungen

Der konzipierte Trust nach ausländischem Recht wird aktuell gemäss gut eingespielten kantonalen Steuerpraxen, welche sich dem Kreisschreiben der Steuerkonferenz anlehnen, besteuert. Die Steuerpraxen wurden über die Jahre hinweg optimiert anno heute sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt. Fortan würde der Trust mittels der vorgeschlagenen steuerrechtlichen Lösung (Erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.4) in der Praxis eine eigentliche Schlechterstellung des Status quo darstellen. So würde der Trust zukünftig einer ungünstigen, systemwidrigen und nicht vertretbaren dreifachen Besteuerung unterstehen. Die Steuerverwaltung würde die Betroffenen im Falle der Gründung (Erbschafts- oder Schenkungssteuer), Vermögensverwaltung (Kapital- oder Gewinnsteuer) und der Ausschüttung (Einkommenssteuer) zur Kasse bitten, was das neue Rechtsvehikel sehr unattraktiv machen würde. Aus unserer Sicht ist dies nicht vertretbar.

Angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Trusts unterstützt die FDP ausdrücklich das Vorhaben neue Geschäftsmöglichkeiten zu eröffnen, welche auf eine Stärkung der Schweizer Finanzmarktplatzes abzielt. Die ausgearbeitete steuerrechtliche Lösung der Eidgenössischen Steuerverwaltung läuft diesem Anliegen und folglich auch dem ganzen Gesetzgebungsprojekt zuwider. Aus den genannten Gründen lehnt die FDP diese steuerrechtlichen Anpassungen ab und fordert den Erhalt des bewährten kantonalen Steuerregimes.

Solidarhaftung

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Solidarhaftung, von in der Schweiz ansässigen Begünstigten und Settlors für die von einem Trust geschuldeten Steuern. Dies unter anderem mit dem Ziel, dass die Steuerpflicht für die in der Schweiz wohnhaften Personen hinsichtlich ausländischen Trusts durchgesetzt werden kann. Auf diese Weise verstösst man gegen den Grundgedanken eines Trusts. Das Vermögen sowie die Erträge des Trusts sollten vom Privatvermögen des Trustees strikt getrennt werden. Ausserdem ist es für die FDP nicht vertretbar, dass so eine faktische Ungleichbehandlung der Settlors mit Wohnsitz im Ausland im Vergleich zu solchen mit Wohnsitz in der Schweiz entsteht und mögliche Finanzerbringer sich ins Ausland absetzen.

Reformbedarf Stiftungsrecht

Mit der Einführung des Trusts wird auch der Ruf der Wirtschaft und Wissenschaft laut, die bereits bestehenden schweizerischen Finanzinstrumente und der privaten Nachlasslösung den aktuellen Bedürfnissen anzupassen und liberaler auszugestalten. Denn mit der Einführung eines massgeschneiderten Trustrechts entsteht ein rechtsdogmatisches Problem im Hinblick auf die Ungleichbehandlung der Familienstiftungen nach Art. 335 ZGB. Die Nachlassplanung bleibt der Familienstiftung, aufgrund des Verbots von reiner Unterhaltsfunktion und der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts, verwehrt. Bei einer erfolgreichen Einführung des Trustrechts erscheint es für die FDP unabdingbar, eine Lockerung der Einschränkungen bei der Errichtung von Familienstiftungen auch vorzunehmen, wozu ein geringer gesetzgeberischer Aufwand notwendig wäre. Aus diesen Gründen wird der Bundesrat aufgefordert, diese so entstehende und unverständliche Ungleichbehandlung zwischen den zwei Rechtskonstrukten aufzuheben und so einen Wertbruch in der Rechtsordnung zu verhindern.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
FDP.Die Liberalen

Der Präsident



Thierry Burkart
Ständerat

Der Generalsekretär



Jon Fanzun



Per E-Mail

Bundesamt für Justiz

Bundesrain 20

3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wahrnehmen:

1 Grundsätzliche Bemerkungen

Die SP Schweiz lehnt die vorgeschlagene Vorlage zur Einführung eines Trusts nach Schweizer Recht vollumfänglich ab. So haben die Mitglieder der SP-Bundeshausfraktion die dieser Vorlage zu Grunde liegende Motion¹ auch deutlich abgelehnt.² Aus unserer Sicht bestehen mit dem aktuellen Schweizer Stiftungsrecht ausreichende und angemessen regulierte rechtliche Regelungen für eine sinnvolle Vermögenswidmung³. Die Einführung eines Trusts ins schweizerische Recht birgt für die SP Schweiz hingegen wesentliche Risiken. Im Vordergrund steht dabei die Geldwäschereiproblematik⁴ (siehe dazu nachstehend unter Ziff. 2.1.)

¹ Motion RK-S 18.3383 Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung, vgl. Erläuternder Bericht, S. 27.

² Siehe Ratsprotokoll Ständerat 12.6.2018 zu 18.3383; Ratsprotokoll Nationalrat 13.3.2019 zu 18.3383.

³ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 19ff, 32f.

⁴ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 44.

2 Kommentar zu den wichtigsten Aspekten der Vorlage

2.1. Geldwäschereirisiko

Der Bundesrat kommt im Erläuternden Bericht zum Schluss, dass durch die in dieser Vorlage vorgesehene Schaffung eines Trusts nach Schweizer Recht das Geldwäschereirisiko nicht erhöht würde.⁵ Allerdings stellt die interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT) fest, dass bei Trusts das Risiko von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung naturgemäss besonders hoch ist.⁶ Vor diesem Hintergrund lehnt es die SP Schweiz ab, mit einem schweizerischen Trust ein neues Rechtsinstitut mit einem naturgemäss besonders hohem Geldwäschereirisiko zu schaffen, ohne gleichzeitig das rechtliche Abwehrdispositiv im Kampf gegen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu verstärken. Denn dies wäre dringend notwendig: Zuletzt haben die Enthüllungen der «Pandora Papers» eines Journalist:innenkollektivs eindrücklich aufgezeigt, dass die Geldwäschereibestimmungen in der Schweiz verschärft werden müssen.⁷ Leider hat es die Mehrheit von National- und Ständerat in der Frühlingssession 2021 verpasst, insbesondere mit der Unterstellung der Berater:innen unter die Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschereigesetzes⁸ eine notwendige Lücke zu schliessen. Notwendig wären zudem auch Verbesserungen bei der Transparenz über die wirtschaftlich Berechtigten. So fordert die GAFI in einer überarbeiteten Empfehlung mittlerweile, dass ein behördliches Register dieser wirtschaftlich Berichtigten oder Alternativinstrumente zu implementieren sind und gesellschaftsinterne Register nicht mehr ausreichen.⁹ Die in dieser Vorlage in Art. 529j VE-OR vorgesehenen Identifikationspflichten der wirtschaftlich Berechtigten durch die Trustees¹⁰ reicht vor diesem Hintergrund nicht aus. Vielmehr notwendig wäre tatsächlich ein umfassendes behördliches öffentliches Register.¹¹

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme unserer Stellungnahme.

⁵ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 3.

⁶ KGGT, National Risk Assessment, Geldwäschereirisiken bei juristischen Personen, November 2017, S. 61.

⁷ «Die Fehler vom Frühling korrigieren: Schluss mit der Unterstützung für dreckige Geschäfte!», Medienmitteilung der SP Schweiz zu den Enthüllungen der Pandora-Papers, 4.10.2021.

⁸ siehe Minderheit Baptiste Hurni, SP, zu Art. 2 Abs. 1 lit. c GwG, Debatte Frühlingssession 2021 Nationalrat zu 19.044 Geldwäschereigesetz.

⁹ Siehe Public Statement on revisions to R. 24, Februar 2022, vgl. Erläuternder Bericht, S. 49f.

¹⁰ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 97-100.

¹¹ Siehe Motion Baptiste Hurni 21.4396 Zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung muss ein Register über die wirtschaftlich Berechtigten an juristischen Personen und Trusts eingeführt werden.

Mit freundlichen Grüßen

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ

A handwritten signature in blue ink, reading 'Mattea Meyer' in a cursive style.

Mattea Meyer

Co-Präsidentin

A handwritten signature in black ink, reading 'C. Wermuth' in a cursive style.

Cédric Wermuth

Co-Präsident

A handwritten signature in black ink, reading 'Claudio Marti' in a cursive style.

Claudio Marti

Politischer Fachsekretär

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement EJPD
3003 Bern

Elektronisch an:
zz@bj.admin.ch

Bern, 26. April 2022

Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts

Antwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Stand heute werden Trusts in der Schweiz nach ausländischem Zivilrecht behandelt. Abgestützt auf das Haager Trust-Übereinkommen (ratifiziert am 1. Juli 2007) können ausländische Trusts anerkannt werden. Die Haager Konvention sieht dabei vor, dass die Trusts dem vom Treugeber gewählten Gesetz unterstehen. Steuerlich werden Trusts in der Schweiz nach schweizerischem Steuerrecht behandelt. Im Ergebnis müssen sich also Schweizer, die Vermögenswerte in einem solchen Institut unterbringen wollen, nach ausländischem Recht richten.

Diese Lücke will die Vorlage nun schliessen, indem die Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im Obligationenrecht vorgesehen ist.

Die SVP unterstützt grundsätzlich die Einführung des Trusts im Schweizer Recht. Die vorliegende, misslungene Rechtsfigur des «Schweizer Trusts» lehnt die SVP jedoch ab. Eine «Schweizer Trust» hat sich mit Blick auf Haftungsbestimmungen, Flexibilität sowie auf die steuerrechtlichen Folgen soweit wie möglich ungeschmälert an den Rahmenbedingungen in den Ländern des Common Law zu orientieren.

Die Partei wird sich anlässlich der parl. Beratung vertieft eingeben. Nachfolgend finden sich grundsätzliche Anmerkungen.

Ausdrücklich begrüsst wird der Umstand, dass versucht wird, die Rechtsfigur des Trusts in der Schweizer Rechtsordnung zu verankern. Dies würde grundsätzlich die Rechtssicherheit stärken sowie dem (internationalen) Dienstleistungsgeschäft in der Schweiz dienen.

Die – sicher gut gemeinte – «Schweizerlösung» ist in der Praxis jedoch unattraktiv und somit unbrauchbar. Insbesondere die Haftungsbestimmungen der Trustees nach den Vorschriften über die vertragliche Haftung (Art. 97 ff OR) sowie die allfälligen Steuerfolgen, d. h. konkret das Risiko einer dreifachen Mehrfachbesteuerung, sind mit den

international etablierten, «angelsächsischen Trusts» nicht konkurrenzfähig – und würden somit entgegen der Motivation im Erläuterungsbericht faktisch auch nicht im Ausland eingesetzt werden.

Die Schweizerlösung ist somit im Vergleich zu den etablierten Trusts völlig uninteressant, da eine an der Errichtung einer Trust interessierte Person bspw. bei der Insolvenz des Schweizer Trusts persönlich und unbegrenzt haftbar gemacht werden könnte. Was die Steuern betrifft, so ist je nach Ausgestaltung immer noch eine Mehrfachbesteuerung möglich, nämlich erstens im Zeitpunkt der Gründung als Schenkung, wenn der Gründer ein Schweizer ist. Zweitens während des Bestehens als Stiftung bzw. als unabhängiges Rechtssubjekt, wenn einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist und drittens zum Zeitpunkt der Ausschüttung als Einkommenssteuer für den in der Schweiz ansässigen Begünstigten.

Schon nur aus den obgenannten Gründen lehnt die SVP den Entwurf vollumfänglich ab.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident

Der Generalsekretär



Marco Chiesa
Ständerat



Peter Keller
Nationalrat

Par e-mail

(zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève, le 12 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous remercions votre Département d'avoir invité l'Association de Banques Privées Suisses (ABPS) à participer à la consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

L'ABPS soutient le principe de l'introduction de l'institution du trust en droit suisse, pour compléter la palette des services financiers disponibles. Toutefois, cette introduction ne doit pas s'accompagner d'une modification de l'imposition actuelle des trusts en Suisse, sous peine de lui ôter tout intérêt et même de mettre en danger l'industrie actuelle des trusts. Si les dispositions fiscales contenues dans l'avant-projet sont maintenues, l'ABPS le rejettera entièrement.

Remarques générales

En l'état, le droit suisse ne permet pas à une fondation de procéder à des distributions régulières aux membres d'une famille pour assurer leur entretien. Il n'existe, en outre, pas d'institution juridique qui permette de planifier le transfert d'un patrimoine sur plusieurs générations, pour éviter une dévolution immédiate. Les comptes de consignation ne sont pas non plus très flexibles pour gérer des opérations commerciales. Pour ces raisons, nous partageons l'avis du Conseil fédéral que le trust devrait être introduit en droit suisse comme instrument de planification successorale et de gestion d'un patrimoine.

Le cadre légal proposé respecte les limitations actuelles du droit de disposer prévues en matière matrimoniale et successorale. Il garantit ainsi que le constituant ne puisse se dessaisir de ses biens au détriment de tiers, par exemple pour léser la réserve des héritiers. Pour le reste, l'avant-projet propose une importante flexibilité permettant une utilisation du trust dans différents contextes : trust privé ou commercial, à des fins de sûreté, de détention d'actifs, de planification patrimoniale, etc. Seule la constitution de trusts caritatifs et autres purpose trusts est expressément exclue, ceci pour ne pas concurrencer la forme juridique de la fondation charitable qui jouit d'une très bonne réputation et semble répondre aux besoins des différents acteurs dans ce domaine.



Les raisons qui pousseront à utiliser un trust de droit suisse plutôt que d'un autre droit sont nombreuses. Cela permettra de ne pas dépendre de règles et de jurisprudences étrangères. Cela donnera confiance à ceux qui cherchent un instrument de droit suisse pour régler leur succession ou une transaction. La possibilité d'un règlement des différends par voie d'arbitrage assurera aussi discrétion et compétence.

Il devrait ainsi y avoir une demande tant domestique qu'internationale pour des trusts de droit suisse. Une analyse d'impact réalisée en 2019 a estimé selon son scénario le plus réaliste un surplus de 139 millions de francs de valeur ajoutée et de 57 millions de recettes fiscales si l'on pouvait créer des trusts suisses (cf. Roman Liesch : Soll die Schweiz Trusts einführen? in : Die Volkswirtschaft, édition 1-2/2020, Berne, p. 54). Cela représenterait environ un tiers de ce que rapporte aujourd'hui l'industrie du trust en Suisse.

La notion de trust est associée par certains à des agissements douteux ou à de la soustraction fiscale. Les standards internationaux, que la Suisse applique, ont mis fin à ces reproches. Les banques identifient depuis longtemps toutes les parties prenantes d'un trust, dans le cadre de leurs obligations de lutte contre le blanchiment d'argent. Au travers de l'échange automatique de renseignements, elles communiquent aussi aux autorités fiscales de résidence de ces personnes les revenus du trust, même quand ceux-ci ne leur sont pas imputables. Un rapport fédéral de 2017 constatait ainsi déjà à raison : « *la vigilance des intermédiaires financiers à leur égard est particulièrement forte, ce qui a pour conséquence que les trusts constituent, parmi les entités juridiques étrangères, la catégorie qui représente le risque le moins important* » (cf. rapport explicatif, note 141 p. 47). En outre depuis 2020 en Suisse, les trustees sont soumis à autorisation de la FINMA et surveillés par des organismes dédiés.

La constitutionnalité de l'imposition actuelle des trusts

Depuis que la Suisse s'est mise à reconnaître les trusts étrangers en 2007, leur imposition se fonde sur une circulaire de la Conférence Suisse des Impôts, à la satisfaction tant des autorités de taxation cantonales que des contribuables. Dans ce contexte, on distingue trois types de trusts :

a) les trusts révocables : le constituant n'a pas définitivement renoncé à son patrimoine et continue donc d'être imposé comme s'il le détenait en direct ;

b) les trusts irrévocables à intérêts fixes : le constituant a établi des droits fermes et réguliers en faveur des bénéficiaires, qui sont alors imposés comme des usufruitiers ;

c) les trusts irrévocables discrétionnaires : le constituant se dessaisit de son patrimoine et fixe un cadre au trustee pour les distributions que celui-ci pourra décider, ou non, de verser aux bénéficiaires. Ceux-ci n'ont alors que des attentes et ignorent parfois même tout de l'existence du trust ou de leur qualité de bénéficiaires.

Comme le constate le rapport explicatif en page 67, la constitution de ce dernier type de trust « *présente peu d'attrait pour les personnes domiciliées en Suisse, puisque les valeurs patrimoniales qui y sont apportées continuent à leur être imputées sur le plan fiscal* ». A leur décès, seuls les bénéficiaires deviennent imposables, sur les distributions qui leur sont faites.



L'administration fédérale des contributions voit deux problèmes constitutionnels en lien avec l'imposition des constituants de trusts irrévocables discrétionnaires :

- un souci de capacité contributive pour ces constituants, à qui l'on demande de continuer de payer des impôts sur les biens qu'ils ont placés dans le trust, alors qu'ils n'ont plus de droits directs dessus ;
- un souci d'égalité de traitement avec les constituants qui ont créé leur trust alors qu'ils étaient résidents à l'étranger,

La combinaison de ces deux reproches est assez paradoxale, puisqu'alors soit les constituants précédemment domiciliés à l'étranger devraient se faire imposer en contradiction avec leur capacité contributive, soit les constituants domiciliés en Suisse devraient aussi ne plus être imposés du tout sur les biens qu'ils placent dans le trust, ce qui serait « *choquant* » et « *une lacune fiscale [...] en contradiction avec la réalité* » (cf. rapport explicatif, p. 40).

En fait, la pratique actuelle est légitime et conforme à la Constitution fédérale. Les résidents suisses qui constituent un trust irrévocable discrétionnaire sont conscients et d'accord de continuer à payer des impôts sur les biens qu'ils placent dans le trust, en recevant d'ailleurs souvent des fonds du trust à cette fin. D'autres pays, notamment les Etats-Unis, appliquent le même principe (Grantor Trusts). On peut aussi faire une analogie avec la transparence des fonds de placement. Quant à la différence de traitement avec les constituants domiciliés à l'étranger lors de la création du trust, elle « *se justifie par les différences entre les ordres juridiques* », car un dessaisissement sans enrichissement correspondant est possible à l'étranger (cf. rapport explicatif, p. 40). Il en va de même en cas de donation : une donation effectuée par un résident suisse est en principe soumise à un droit de donation, mais pas celle effectuée par un résident étranger, ou simplement un résident du canton de Schwyz.

Les défauts de la solution fiscale proposée

Hormis pour les trusts révocables, pour lesquels les art. 10a al. 1 P-LIFD et 6a al. 1 P-LHID reprennent la pratique actuelle d'attribution en transparence au constituant, les autres dispositions fiscales proposées dévient largement de la pratique actuelle, au point de rendre l'utilisation de trusts en Suisse au mieux incertaine, au pire confiscatoire !

Trusts irrévocables à intérêts fixes

Les art. 10a al. 2 P-LIFD et 6a al. 2 P-LHID entendent codifier la pratique actuelle : les bénéficiaires de trusts irrévocables à intérêts fixes sont traités comme des usufruitiers. Cependant, la formulation « conformément à leurs parts » dans ces articles n'est pas claire et pourrait conduire à attribuer tous les revenus et toute la fortune d'un trust à ceux qui ont un droit ferme à une distribution. Par exemple : un frère et une sœur reçoivent chacun 60 000 francs par année. Va-t-on leur attribuer à chacun 50% des revenus et de la fortune du trust, qui peuvent être bien supérieurs, au risque qu'ils ne puissent alors même pas payer les impôts dus ? Et quid si un troisième bénéficiaire reçoit une distribution discrétionnaire : leur part diminue-t-elle ?



Trusts irrévocables discrétionnaires

L'idée de faire du trust un sujet fiscal n'est en soi pas absurde. Certains pays anglo-saxons le font, mais alors le revenu imposé au sein du trust n'est plus imposé lorsqu'il est distribué à un bénéficiaire. Au contraire, en Suisse, le traitement fiscal d'une fondation implique une double imposition : au sein de la fondation, puis auprès du bénéficiaire. Le même revenu sera donc imposé deux fois. Pire : les fonds apportés à la fondation sont transformés en revenu imposable lorsqu'ils sont distribués (cf. les art. 24 let. a P-LIFD et 7 al. 4 let. c P-LHID).

Ce régime fiscal de la fondation rend un trust totalement inintéressant ; autant constituer une société anonyme, qui permet de bénéficier de la réduction de la double imposition et qui reconnaît les apports en capital. Mais celle-ci n'a rien de la flexibilité d'un trust.

Les critères d'assujettissement prévus pour un trust n'ont rien à voir avec ceux d'une entité juridique. Tandis qu'une fondation peut être assujettie au lieu de son siège ou de son administration effective, un trust pourrait être assujetti de manière illimitée dès qu'un bénéficiaire est domicilié ou en séjour en Suisse. Cela paraît extrême s'il n'y a qu'un bénéficiaire sur un grand nombre qui réside en Suisse, et qui peut-être ne reçoit aucune distribution du trust. Cela poussera certains bénéficiaires, potentiellement fortunés, à quitter la Suisse pour éviter que le trust y soit imposable. Un trust peut aussi devenir imposable en Suisse parce qu'un bénéficiaire qui y réside ne sait pas et ne doit pas savoir qu'il est bénéficiaire de ce trust.

L'assujettissement illimité du trust « *ne concerne pas les bénéficiaires sans rattachement personnel* ». Cette phrase cryptique semble vouloir dire, selon le condensé en page 3 du rapport explicatif, que « *les parts des bénéficiaires domiciliés à l'étranger ne seront pas assujetties à l'impôt. Il s'agira de fixer la pratique en matière de détermination du montant de ces parts* ». En réalité, les bénéficiaires n'ont pas de « parts » et il sera impossible de les déterminer. Le risque persistera que l'entier du trust soit imposable en Suisse.

Lorsque les bénéficiaires ne peuvent pas être déterminés (ce qui n'est pas si rare), c'est le domicile ou le séjour du constituant en Suisse qui fonderait l'assujettissement illimité du trust, même dans l'hypothèse où il ne peut pas être un bénéficiaire du trust et que celui-ci n'a aucun autre lien avec la Suisse. Avec une telle règle, les personnes qui pensaient avoir réglé leurs affaires via un trust avant de venir s'établir en Suisse vont vite en repartir ! Et parmi celles-ci, de nombreuses personnes fortunées imposées selon la dépense.

Il faut aussi penser aux problèmes pratiques pour contrôler le respect de ces dispositions lorsque le trustee se trouve à l'étranger et qu'aucune distribution n'est effectuée en faveur d'un résident suisse. Une fois encore, le bénéficiaire d'un trust peut ignorer l'existence de celui-ci tant qu'il n'en a rien reçu !

Parmi 7 options d'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires, l'administration a retenu l'option 1, tout en reconnaissant que « *s'agissant de l'attractivité de la place économique, des frais administratifs et de la praticabilité, les options 1 et 2 conviennent moins bien* » (cf. rapport explicatif, p. 80). Cette solution est ainsi clairement contraire à l'objectif du projet, qui est « *d'offrir aux résidents et entreprises en Suisse un véhicule juridique flexible, fiable et approprié pour la détention de leur patrimoine ainsi que de créer de nouvelles opportunités d'affaires pour la place financière* » (cf. rapport explicatif, p. 2).



Avec l'option 1, non seulement personne ne créera de trust en Suisse, mais de nombreux résidents constituants ou bénéficiaires de trusts s'en iront. Or il s'agit souvent de personnes qui paient beaucoup d'impôts.

L'analyse d'impact relevait d'ailleurs, à propos de la levée de l'interdiction des fondations dites d'entretien à l'art. 335 CC, que cette libéralisation « *devrait s'accompagner d'une modification des conditions-cadres fiscales pour éviter une double imposition et ainsi rendre la fondation d'entretien attractive* » (cf. rapport explicatif, p. 31). Cela vaut tout autant pour les trusts, qu'il ne faut donc pas traiter comme des fondations !

On reste aussi perplexe face aux justifications constitutionnelles de cette option 1, quand on lit le contenu des art. 10a al. 4 P-LIFD et 6a al. 4 P-LHID. D'après le rapport explicatif (p. 109), cette règle subsidiaire « *empêche qu'aucun droit d'imposition ne soit dévolu à la Suisse si le trust au sens de l'al. 3 est domicilié à l'étranger selon la CDI applicable* ».

Si l'on comprend bien l'intérêt de l'administration, on constate cependant que l'on dévie de l'objectif d'éviter une lacune fiscale (puisque le trust est alors imposable à l'étranger) pour passer à celui d'assurer des recettes fiscales à la Suisse. Ce faisant, on n'hésite pas à imposer deux fois les mêmes revenus, au prétexte que ce n'est pas une double imposition, puisqu'il s'agit de deux contribuables différents (une fois le trust, une fois le constituant) !

Le rapport explicatif (p. 79) mentionne pourtant que l'Etat partenaire pourrait alors considérer cette règle subsidiaire « *comme une mesure unilatérale qui perturbe l'équilibre de la convention* », voire « *comme une violation du principe de la bonne foi dans l'interprétation des traités internationaux* ». Malgré cela, une page plus loin (p. 80), « *toutes les options proposées apparaissent conformes aux CDI* ». L'exigence de constitutionnalité semble tout d'un coup bien loin...

Responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants

L'art. 55 al. 5 P-LIFD prévoit une responsabilité subsidiaire des bénéficiaires et constituants résidents suisses afin « *de garantir l'imposition et donc d'éviter une lacune fiscale* » (cf. rapport explicatif, p. 75). Cette possibilité serait loin d'être théorique, puisque l'on voit mal les administrations fiscales suisses envoyer des bordereaux d'impôts à des trustees étrangers, et ceux-ci les honorer...

Dans le cas de l'art. 10a al. 3 P-LIFD, il est quand même choquant qu'après avoir voulu imposer le trust lui-même parce qu'il serait inconstitutionnel de taxer le constituant, on rende ce dernier solidairement responsable des impôts du trust ! Rendre les bénéficiaires solidairement responsables est encore plus incroyable, car ceux-ci n'ont peut-être pas reçu de distributions, ni n'ont les moyens de payer les impôts du trust, voire ne sont même pas au courant de son existence ou de leur qualité de bénéficiaires.

Par ailleurs, la référence à l'art. 10a al. 4 P-LIFD est absurde, car alors les revenus du trust sont ajoutés à ceux du constituant et une responsabilité subsidiaire n'est plus nécessaire, puisque le trust n'est plus un contribuable selon le droit fiscal suisse.

Bref, l'ensemble de cette disposition doit être jetée aux orties ; on se demande d'ailleurs pourquoi elle n'a pas son pendant dans la LHID.



Application aux personnes morales

Il n'est pas erroné de penser que les constituants ou les bénéficiaires de trust peuvent être des personnes morales. Le renvoi que font les art. 67a P-LIFD et 26b P-LHID aux art. 10a P-LIFD et 6a P-LHID ne fait cependant que répliquer les problèmes décrits ci-dessus.

L'imposition d'un trust comme une fondation serait encore plus pénalisante pour les trusts commerciaux, où les fonds qui y sont apportés le temps d'une transaction ont pour vocation à en ressortir assez rapidement.

Clause transitoire

Consciente de l'impact de ses propositions sur les trusts existants, l'administration écrit dans son rapport explicatif (p. 80) : « *il est logique de prévoir une réglementation transitoire généreuse selon le principe de la bonne foi* ».

L'idée de ne rien changer aux trusts constitués avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est bonne. Le fait de renoncer à cette règle dès qu'un actif est rajouté à un trust réduit toutefois à néant cette bonne intention, car tout trust est susceptible d'être complété au fil du temps. Il serait en outre facile de faire rajouter des biens au trust par quelqu'un d'autre que le constituant, ce qui rendrait l'exclusion inopérante. Pour assurer la sécurité juridique, cette deuxième phrase devrait être supprimée.

Au contraire, il faudrait aussi prévoir que l'ancienne pratique s'applique aussi aux trusts dont la constitution a été prévue par acte pour cause de mort conclu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. On pense là à des testaments rédigés avant l'entrée en vigueur, ou à des pactes successoraux signés avant, parfois non sans peine.

Conclusion

Contre l'avis des cantons et de la branche, le projet de loi voudrait modifier la pratique actuelle et rendre les trusts irrévocables discrétionnaires imposables comme des fondations lorsqu'au moins un bénéficiaire ou éventuellement le constituant est résident suisse. Ceux-ci seraient en outre solidairement responsables de l'impôt, alors même que l'idée de taxer le trust vient de la considération que l'on ne saurait leur attribuer sa fortune et ses revenus. Même les dispositions transitoires prévues pour les trusts constitués avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles ne seront guère utiles si l'on ne peut plus attribuer de biens à ces trusts après cette date.

Ces nouvelles règles fiscales non seulement réduiraient à néant l'attractivité du nouveau trust de droit suisse, mais feraient aussi quitter la Suisse aux trustees, constituants et bénéficiaires de trusts de droit étranger. Au lieu de nouvelles recettes fiscales, ce sont des pertes de recettes fiscales et d'emplois qui frapperont la Suisse. Les trusts de droit étranger sont pratiqués en Suisse depuis 15 ans à la satisfaction des contribuables et des autorités, et le traitement fiscal d'un trust de droit suisse n'a pas à être différent¹. Le bon projet de droit civil doit être sauvé en retirant les dispositions fiscales de l'avant-projet. Si les dispositions fiscales de l'avant-projet sont maintenues, l'ABPS le rejettera entièrement.

¹ Cet avis est partagé par la Prof. Andrea Opel et Stefan Oesterheld, in *Vorentwurf für einen Schweizer Trust*, Revue fiscale 4/2022, p. 266 ss.



En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre très haute considération.

ASSOCIATION DE
BANQUES PRIVEES SUISSES

A blue ink signature of Jan Langlo, written in a cursive style.

Jan Langlo
Directeur

A blue ink signature of Jan Bumann, written in a cursive style.

Jan Bumann
Directeur adjoint

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EJPD
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

Per Mail: zz@bj.admin.ch

29. April 2022

Stellungnahme zur Vernehmlassungsvorlage: Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrte Damen und Herren

Public Eye und Alliance Sud nehmen die Gelegenheit wahr, Stellung zum Vorentwurf für die Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) zu nehmen.

Beide Organisationen lehnen die Vorlage zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) ab. Die Vernehmlassungsvorlage überzeugt aufgrund vieler offener Fragen, insbesondere Gesetzeslücken im Bereich der Bekämpfung von Geldwäscherei, Finanzierung des Terrorismus und Steuerflucht nicht. Wir verzichten auf eine detaillierte Stellungnahme, nutzen jedoch die Gelegenheit im Folgenden die grundsätzlichen Bedenken darzustellen.

1 Allgemeine Bemerkungen

Der Bundesrat weist im erläuternden Bericht zu Recht darauf hin, dass der Schweizer Trust «mit den Transparenzvorgaben der internationalen Standards vereinbar» sein muss (vgl. S. 3). Dabei verweist er insbesondere auch die Anforderungen der Financial Action Task Force (FATF) und des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum). Zusammenfassend kommt der Bundesrat zum Ergebnis: «Soweit das geltende Schweizer Recht das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung eines Trusts bereits ausreichend vermeidet, so wird dieses Risiko mit

der Schaffung eines Schweizer Trusts nicht erhöht» (S. 3). Nachfolgend zeigen wir auf, warum das geltende Schweizer Recht die missbräuchliche Verwendung eines Trusts gerade nicht ausreichend vermeidet. Bevor die nachstehend aufgezeigten Regulierungslücken adäquat geregelt sind, besteht kein Anlass, ein weiteres Rechtskonstrukt einzuführen, dass zur Verschleierung von Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung und Steuerhinterziehung missbraucht werden kann.

2 Lücken in der Geldwäschereibekämpfung

2.1 Geldwäschereirisiko naturgemäss hoch

Die Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative der Weltbank und das Büro für Drogen- und Verbrechensbekämpfung der Vereinten Nationen (UNODC) veröffentlichten 2011 einen Bericht über die Identifizierung der wirtschaftlich Berechtigten – also der natürlichen Personen, die die tatsächlichen Eigentümer*innen von Vermögenswerten sind. In der Studie wurden 150 Fälle schwerer internationaler Korruption (Grand Corruption) analysiert. In 128 Fällen wurden Firmenkonstrukte benutzt, um Vermögenswerte, die aus Korruption stammten, zu verbergen. Laut Bericht «haben die meisten schweren Korruptionsfälle gemeinsam, dass sie sich auf legale Konstrukte wie Unternehmen, Stiftungen oder Trusts stützen, um den Besitz und die Kontrolle von schmutzigem Geld zu verschleiern».¹ Diese Untersuchung liegt zwar zehn Jahre zurück, die Erkenntnisse sind leider weiterhin aktuell. Juristische Personen und Unternehmenskonstrukte (*coporate vehicle*) spielen oft eine zentrale Rolle bei der Geldwäscherei von Erträgen aus z.B. Korruption oder Steuerflucht, sowie der Verschleierung des wirtschaftlich Berechtigten an illegalen Vermögenswerten.²

Auch die interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT) anerkennt: «Trusts gehören zu den Strukturen, bei denen das GW/TF-Risiko naturgemäss besonders hoch ist. Zudem stellen sie eine ausgeprägte Gefährdung dar, nicht nur wegen der Komplexität der Geschäftsbeziehungen, sondern auch wegen der Höhe der involvierten Beträge und der umfangreichen Beteiligung von [politisch exponierten Personen (PEP)]».³ Die KGGT schliesst zwar, dass das Geldwäschereirisiko im Zusammenhang mit Trusts «nur ein mittleres Risiko» darstelle, weist aber auch darauf hin, dass es nicht gering ist. Es gilt zu beachten, dass Geldwäschesysteme häufig ein komplexes Geflecht von Transaktionen und Strukturen umfassen, die Verschleierung, Verheimlichung und Anonymität bieten sowie internationale Grenzen überschreiten.

Trust stellen schon heute ein beliebtes Mittel dar, das Schweizer Finanzintermediäre ihren Kunden anbieten, um Anonymität und Diskretion zu verschaffen. Journalist*innen des Organised Crime and Corruption Reporting Project haben - im Rahmen der Recherche zu den «Suisse Secrets» - verdeckt bei einer der grössten Schweizer Banken angefragt, ein Konto für einen Investor aus einem afrikanischen Land zu eröffnen. Im telefonischen Beratungsgespräch sei darauf hingewiesen worden, dass Nummernkonto nicht mehr den gleichen Schutz bieten würden. Stattdessen seien verschiedene

¹ Van der Does de Willebois, E. et al., The Puppet Masters, How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It, Washington 2011 (abrufbar unter: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2363/9780821388945.pdf?sequence=6&isAllowed=y>, zuletzt besucht am 21.3.2022).

² Vgl. etwa Atkinson, Ph., Offshore structures and beneficial ownership, Basel Institute on Governance, 2020 (abrufbar unter: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2020-11/QG19%20Offshore%20structures.pdf>, zuletzt besucht am 21.3.2022).

³ KGGT, National Risk Assessment, Geldwäschereirisiken bei juristischen Personen, November 2017, S. 61.

Alternativen, einschliesslich ein Trust empfohlen worden.⁴ Freilich zeigt diese Erzählung kein illegales Verhalten auf und Trusts sind nicht per se illegal. Jedoch hat die Vergangenheit leider gezeigt, dass der Schweizer Finanzplatz und dessen Akteur:innen regelmässig in Geldwäschereifälle verwickelt waren und sind.

2.2 Internationaler Mindeststandard zur Geldwäschereibekämpfung

Im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung gelten die von der Financial Action Task Force (FATF) 1990 ausgearbeiteten und seither revidierten Empfehlungen als Mindeststandard. Die Mitgliedstaaten der FATF werden regelmässig in Bezug auf die Umsetzung und Einhaltung der FATF-Standards geprüft. Eine umfassende Prüfung der Schweiz erfolgte 2016⁵. Seither befindet sich die Schweiz im sogenannten *enhanced follow up* Prozess, weil die Expert*innen der FATF zu viele Regulierungsdefizite im Schweizer Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung festgestellt haben.⁶

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vorentwurf eines Schweizer Trusts, muss sich die Schweiz namentlich an der Umsetzung der Empfehlungen 25 (Transparenz von Trusts) und 22 (nicht-finanzintermediäre Tätigkeiten) messen lassen. Die Empfehlung 24 (Transparenz von juristischen Personen) wurde zudem im März 2022 revidiert. Diese Änderungen werden Auswirkungen auf die Empfehlung 25 haben, für die ebenfalls eine Revision durch die FATF geprüft wird (vgl. unten 2.5).

2.3 Bestehende Regulierungslücken festgestellt

Im Rahmen der letzten Länderprüfung der Schweiz hat die FATF festgestellt:

« Le régime applicable aux trusts et autres constructions juridiques en Suisse présente des lacunes concernant en particulier la vérification des informations disponibles. »⁷

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Schweiz diese Gesetzeslücken seit der Überprüfung geschlossen hat. Die Schweiz ist bisher im Zusammenhang mit Trusts lediglich auf die Bereiche geprüft worden, die ohne ein Schweizer Trust für sie galten. Public Eye und Alliance Sud begrüssen die Bemühungen, im Rahmen des vorliegenden Vorentwurfs die Bestimmungen zu schaffen, um die bisher nicht anwendbaren FATF Kriterien umzusetzen.

⁴ Vgl. etwa OCCRP, Pitching Privacy, Swiss banks sell privacy. Reporters from OCCRP wanted to find out how, Februar 2022 (abrufbar unter: <https://www.occrp.org/en/suisse-secrets/historic-leak-of-swiss-banking-records-reveals-unsavory-clients#occrp-inset-box-pitching-privacy>, zuletzt besucht am 21.3.2022).

⁵ Vgl. FATF, Les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme de la Suisse, 7.12.2016 (abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>, zuletzt besucht am 21.3.2022).

⁶ Vgl. FATF, Les progrès de la Suisse dans le renforcement des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, 13.2.2020 (abrufbar unter: [https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/fur3-suisse-2020.html?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/fur3-suisse-2020.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)), zuletzt besucht am 21.3.2022).

⁷ . FATF, Les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme de la Suisse, 7.12.2016 (abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>, zuletzt besucht am 21.3.2022), S. 225.

2.4 Berater*innenklausel fehlt weiterhin

Bekanntlich besteht eine eklatante Gesetzeslücke hinsichtlich der Umsetzung der FATF-Empfehlung 22. Der Bundesrat war zwar bestrebt, im Rahmen der letzten Revision des Geldwäschereigesetzes (GwG, SR:955.0), die Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit der Gründung, Führung oder Verwaltung von Rechtskonstrukten oder Trusts Sorgfaltspflichten zu unterstellen. Leider hat die Parlamentsmehrheit die Dringlichkeit und Notwendigkeit nicht erkannt.

Nicht zuletzt die berühmten Datenleaks – von Panama-Papers bis Pandora-Papers – haben gezeigt, dass der Schweizer Finanzplatz bereits heute oft eine problematische Rolle im Bereich des globalen Offshore-Finanzgeschäft spielt. Eine Analyse⁸ der Universität Sussex untersuchte knapp 300 nicht operative Firmenkonstrukte (engl. *shell companies*) aus den Panama- und Paradise Papers, die im Zusammenhang mit 140 PEP aus über 50 Länder stehen. Bei diesen Firmen muss unterschieden werden zwischen dem Staat, in dem das Unternehmen rechtlich gegründet wird und demjenigen, in dem sie die Adresse registriert und/oder in dem sie verwaltet wird. Während fast die Hälfte dieser PEP-*shell companies* auf den Britischen Jungferninseln (BVI) inkorporiert wurden, stechen bei deren Verwaltung mit London und Genf zwei Zentren heraus. Insgesamt sollen 17% der analysierten PEP-*shell companies* von Intermediären in der Schweiz verwaltet werden bzw. worden sein. Im zweijährlich erscheinenden Financial Secrecy Index des Tax Justice Network (TJN) taucht die Schweiz zudem immer noch regelmässig unter den «Top 3» der undurchsichtigsten Finanzplätze der Welt auf.⁹ Dies vor allem deswegen, weil im Verhältnis zur Grösse des Finanzplatzes – Banken in der Schweiz bewirtschaften gemäss Swiss Banking 25% aller grenzüberschreitenden Vermögen weltweit¹⁰ – die Sorgfaltspflichten und Transparenzregeln nicht nur für Berater sondern auch für Finanzintermediäre in der Schweiz weiterhin ungenügend gegen Steuerflucht wirken.

Es erstaunt daher, dass der Bundesrat im erläuternden Bericht – zu Recht – hinweist, dass die sogenannten «*Designated non financial businesses and professions*» (DNFBPs) gemäss den FATF-Empfehlungen ebenfalls Informationen über die wirtschaftlichen Berechtigten des Trust einholen müssen, wenn er weiss, dass sein Versuch, die Gesetzeslücke im Bereich der DNFBPs zu schliessen, im Parlament kläglich scheiterte.

Es ist nicht ersichtlich, warum die Schweiz weitere risikobehaftete Finanzvehikel schaffen sollte, die vor allem der Offshore-Vermögensverwaltung dienen, bevor sie ihr Dispositiv zur Geldwäschereiabwehr und gegen Steuerfluchtentsprechend angepasst hat.

2.5 Ausblick: Transparenzvorgaben verschärft

Die FATF hat an ihrer Plenarversammlung Anfang März beschlossen, die Transparenz der wirtschaftlich Berechtigten zu erhöhen und hat die Empfehlung 24 revidiert. Diese neue Regel zur Transparenz von juristischen Personen gibt allen Mitgliedsstaaten vor, ein Register für wirtschaftlich Berechtigte einzuführen. Alternativen zu einem solchen Register sind nur zulässig, wenn sie den zuständigen Behörden im Kampf gegen die Geldwäscherei dennoch raschen Zugang zu den nötigen Informationen ermöglichen. Vor allem im Bereich der Steuerflucht wäre aber auf jeden Fall ein

⁸ Haberly, D., Mapping Politically Exposed Person (PEP)-linked shell companies in the Panama and Paradise Papers, 23.6.2020 (abrufbar unter: <https://ace.globalintegrity.org/shellcompanies/>, zuletzt besucht am 21.3.2022).

⁹ <https://fsi.taxjustice.net/en/introduction/fsi-results>

¹⁰ <https://publications.swissbanking.ch/die-konjunkturelle-entwicklung-der-banken-in-der-schweiz/vermogensverwaltung/>

öffentliches Register angebracht, weil es in Ländern, mit denen die Schweiz keinen automatischen Informationsaustausch von Bankkundendaten (AIA) unterhält, die Hemmschwelle für Steuerflucht in die Schweiz deutlich erhöhen würde. Klar ist so oder so, dass die Schweiz in diesem Bereich ihre Gesetzgebung anpassen muss, denn die privaten Register genügen den neuen FATF-Anforderungen nicht mehr.

Gemäss Stellungnahme des Bundesrates auf die Motion Hurni (21.4396), die ein öffentlich zugängliches Register für wirtschaftlich Berechtigte an juristischen Personen und Trusts fordert, läuft derzeit eine Analyse zu einer Verstärkung des Rechtsdispositivs im Bereich der Transparenz und der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen. Der Bundesrat wird bis Mitte 2022 Handlungsoptionen prüfen.

Bereits im erläuternden Bericht hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass die FATF derzeit auch die Empfehlung 25 überprüft und die Ergebnisse der Revision der Empfehlung 24 dafür relevant sein werden. Es ist absehbar, dass die Schweiz auch in Bezug auf die Empfehlung 25 bald Umsetzungserlasse prüfen muss. Daher ergibt es aus Sicht von Alliance Sud und Public Eye keinen Sinn, das vorliegende Gesetzesprojekt voranzutreiben.

3 Fazit

Die Schweiz muss zunächst alle Vorgaben der FATF-Empfehlungen umsetzen. Dadurch könnte sie sicherstellen, dass das Schweizer Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Finanzierung von Terrorismus und Steuerflucht das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung eines Schweizer Trusts zumindest gemindert wird.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Ausführungen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Dominik Gross
Alliance Sud
Steuer- und Finanzpolitik

dominik.gross@alliancesud.ch

Dr. David Mühlemann
Public Eye
Finanzmarkt- und Rohstoffpolitik

david.muehlemann@publiceye.ch

Postfach 1548 | CH-8027 Zürich

**BÄR
& KARRER**

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Zürich, 29. April 2022

Stellungnahme zur Vernehmlassung über die Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts sowie der Steuergesetzgebung)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Als international tätige Wirtschaftskanzlei mit einem starken Fokus auf der rechtlichen und steuerlichen Beratung von Privatpersonen mit komplexen, internationalen Vermögens- und Steuersituationen, verfolgen wir die mögliche Einführung eines schweizerischen Trustrechts mit Interesse und bedanken uns für die Möglichkeit, hierzu Stellung zu nehmen.

Allgemeine Bemerkungen

Die Schweiz hat bereits heute viele Berührungspunkte mit aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammenden Trusts, und in den letzten Jahren konnte sich eine bemerkenswerte hiesige Trust-Industrie etablieren, die – nebst der Nutzung der lokalen Bankeninfrastruktur – vor allem Trustee-Services anbietet. Neben der Existenz einer lokalen Trust-Industrie beobachten wir, dass vor allem zuziehende ausländische Staatsangehörige als Begünstigte und/oder vormalige Errichter von Trust-Strukturen Berührungspunkte zu nach ausländischem Recht errichteten Trust-Strukturen haben. Die Trust-Strukturen erscheinen mannigfaltig einerseits bezüglich ihres Errichtungsstatuts und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und andererseits auch bezüglich ihrer jeweiligen Verwendungszwecke (so erscheinen uns neben klassischen Trusts zur Strukturierung und Erhaltung von Familienvermögen und zur Nachlassplanung zunehmend auch Trusts zur Sicherung von Vermögenswerten vor Eingriffen krimineller oder totalitär-staatlicher Natur sowie auch Trusts mit Spezialzwecken bspw. im Vorsorge- und Alimentenbereich und im karitativen

Bereich als relevant). Den Trust-Strukturen gemein ist, dass häufig kein reeller inhaltlicher Bezug des Trustvermögens zur Schweiz besteht, indem die Trust-Vermögen in aller Regel nicht in der Schweiz erarbeitet wurden / werden und die involvierten Personen (Errichter, Begünstigte) oftmals keinen generationenübergreifend dauerhaften Bezug zur Schweiz haben.

Mit der Einführung eines Schweizer Trustrechts gehen zwangsläufig gewisse Friktionen einher und es stellt sich die Frage des Verhältnisses zwischen dem Schweizer Trust und anderen Instrumenten der Schweizer Rechtsordnung. Es ist deshalb zu begrüßen, dass im vorliegenden Vorentwurf nicht einfach ausländisches Recht übernommen, sondern über den Weg der nachbildenden Rezeption ein eigenes Schweizer Trustrecht geschaffen werden soll.

Zu den folgenden, ausgewählten Aspekten des Vorentwurfs nehmen wir gerne wie folgt Stellung:

Art. 529g Abs. 3 und Art. 529k VE-OR (Haftung des Trustees)

Grundsätzlich begrüßen wir die vorgesehene Ausformung der Haftung des Trustees. So ist für ein funktionierendes Trustrecht wichtig, dass es dem Trustee möglich ist, seine Haftung sowohl gegenüber den Gläubigern des Trustvermögens wie auch gegenüber dem Begründer und den Begünstigten beschränken zu können.

Hinsichtlich der Haftung des Trustees gegenüber dem Begründer und Begünstigten sorgt der Verweis auf den allgemeinen Teil des Obligationenrechts (v.a. Art. 97-101 OR) für Kohärenz und ist daher ebenfalls zu begrüßen. Allerdings ist es unseres Erachtens nicht angebracht, hinsichtlich der Haftungsfreizeichnung von Hilfspersonen eine Sonderregel vorzusehen, wie dies aktuell mit Art 529k Abs. 1, zweiter Satz VE-OR der Fall ist. Unserer Ansicht nach sollte wegen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung nur dann von allgemeinen Regeln abgewichen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen angebracht erscheint. Derartige Gründe scheinen aber nicht gegeben und auch der Erläuternde Bericht geht bloss auf eine Lehrmeinung zu dieser Debatte ein (vgl. Erläuternder Bericht zu Art. 529k OR, S. 100 Fn. 175). Damit sollte unseres Erachtens an den Grundsätzen des allgemeinen Teiles des Obligationenrechts festgehalten werden und eine Freizeichnung auch für Hilfspersonen im Rahmen der gesetzlichen Regeln zulässig sein, zumal die Funktion als Trustee ohnehin persönlich ausgeübt werden muss (vgl. Art. 529g Abs. 4 VE-OR). Entsprechend empfehlen wir eine Streichung von Art. 529k zweiter Satz VE-OR.

Art. 529w VE-OR (Schiedsgerichtsbarkeit)

Die Möglichkeit, trustrechtliche Streitsachen einem Schiedsgericht zu unterbreiten, ist zu begrüßen. Sie steht im Einklang mit der neuen Gesetzgebung, wonach eine Schiedsklausel auch in einseitigen Rechtsgeschäften verbindlich statuiert werden kann (Art. 178 Abs. 4 IPRG/Art. 358 Abs. 2 ZPO).

Gemeinnützige und andere Purpose Trusts

Im Vorentwurf werden Trusts für gemeinnützige Zwecke sowie, ganz generell, sog. Purpose Trusts ausgeschlossen. Der Trust solle sich vielmehr definieren als ein Sondervermögen "im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter" (Art. 529a Abs. 1 VE-OR).

Diese Zweck- bzw. Tätigkeitsbeschränkung von Trusts sollte unseres Erachtens überdacht werden. Zum einen wäre der Trust damit das einzige Rechtsinstitut, dessen Zwecksetzung nicht neutral ist, sondern stets darauf hinausläuft, dass eine bestimmte (bzw. bestimmbare) Person einen Vorteil erlangt. Demgegenüber können alle anderen juristischen Personen des Schweizer Privatrechts heute auch zu gemeinnützigen Zwecken errichtet werden. Dies hat der Gesetzgeber zuletzt mit der Revision des auf den 1. Januar 2021 neu in Kraft getretenen Art. 828 Abs. 1 OR im Recht der Genossenschaft noch einmal klargestellt. Auch im Rahmen der Aktienrechtsrevision wurde entschieden, Art. 620 Abs. 3 OR zu streichen. Dieser statuiert, dass Aktiengesellschaften auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden können. Hierzu hielt die Botschaft fest: *«Wie bei anderen Rechtseinheiten erübrigt sich der ausdrückliche Hinweis, dass die Aktiengesellschaft sowohl wirtschaftliche wie auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen darf. Der bisherige Absatz 3 wird deshalb gestrichen. Eine materielle Änderung ergibt sich daraus nicht»* (Botschaft Aktienrecht BBl 2017 480). Freilich sind nun Trusts keine juristischen Personen, jedoch werden sie gemäss dem Vorentwurf steuerrechtlich gerade wie Stiftungen behandelt (vgl. Art. 10a Abs. 3 VE-DBG).

Zum anderen werden gemeinnützige Zwecke im angelsächsischen Rechtskreis vor allem mittels Trusts verfolgt. Wenn man ein schweizerisches Trustrecht einführt, sollte man unseres Erachtens auch in Betracht ziehen, dieses auch für gemeinnützige Zwecke zu öffnen. Die Möglichkeit der Steuerbefreiung – die heute mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht gegeben wäre – würde sich über die steuerliche Gleichsetzung mit der Stiftung in vielen Fällen eröffnen. Im Fürstentum Liechtenstein sind gemeinnützige Trusts zulässig.

Der Erläuternde Bericht führt überdies an, dass als Begünstigte auch eine gemeinnützige Organisation eingesetzt werden und insofern ein Trust auch gemeinnützigen Zwecken dienen könne (Erläuternder Bericht 5.1.1.2, S. 61). Wir geben hier zu bedenken, dass der Zweck eines solchen Trusts weiterhin in der Begünstigung von bestimmten Personen liegen würde, insofern also kein gemeinnütziger Zweck vorliegen würde. Überdies könnten solche Trusts wohl kaum von der Steuerpflicht befreit werden, da sie keinen offenen Destinatärskreis aufweisen.

Schliesslich erscheint uns auch die mögliche Konkurrenz von gemeinnützigen Trusts zur Rechtsform Stiftung wenig problematisch. Obwohl viele Nonprofit-Organisationen im Rechtskleid der Stiftung errichtet werden, sind im NPO-Sektor auch viele andere Organisationsformen anzutreffen (allen voran Vereine, aber auch Genossenschaften und mitunter sogar gemeinnützige Aktiengesellschaften oder GmbH). Da der Begriff der Gemeinnützigkeit überdies vor allem steuerrechtlicher

Natur ist, erscheint uns eine Einschränkung der Zweckverfolgungsmöglichkeiten auf Ebene des Zivilrechts nicht notwendig.

Vorgeschlagene Änderungen in den Steuergesetzen

Die vorgeschlagene Regelung der Besteuerung von Trusts macht insbesondere den in ausländischen Rechtsordnungen häufig gewählten *irrevocable discretionary trust* im Vergleich zur heutigen, steuerlichen Behandlung gemäss Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) vom 22. August 2007 sowie Kreisschreiben Nr. 20 der ESTV vom 27. März 2008 deutlich unattraktiver für in der Schweiz steuerpflichtige Personen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Schweizer Trust oder einen unter ausländischem Recht errichteten Trust handelt. Die vorgeschlagenen Besteuerungsregeln schaden dem Trust-Standort Schweiz und der schweizerischen Trust-Industrie: Sie laufen damit der Intention des Schweizer Trustrechts diametral zuwider.

Die aktuelle Praxis gestützt auf die Kreisschreiben der ESTV hat sich bewährt. Wir empfehlen deshalb, die Steuergesetze im Rahmen der Einführung eines Schweizer Trusts nicht anzupassen. Damit bleibt den Kantonen eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung der Kreisschreiben, was insbesondere auch mit Blick auf die spezifischen, kantonalen Besonderheiten (Erbschafts- und Schenkungssteuern, Pauschalbesteuerung) gerechtfertigt ist und zu sachgerechten Lösungen führt. Aufgrund der in der Praxis mannigfaltig daherkommenden Ausgestaltungsformen für ausländische Trusts erscheint eine (partielle) Besteuerung von Vermögen ausländischer Trusts in der Schweiz als nicht sachgerecht und kaum praktikabel – oftmals fehlen den avisierten Personen sogar die für eine Besteuerung und ordnungsgemässe Deklaration erforderlichen Informationen. Indem die bestehende Praxis gemäss Kreisschreiben Nr. 30 der SSK bzw. Kreisschreiben Nr. 20 der ESTV heute schon eine teilweise Besteuerung von Trustvermögen im Falle der sog. *irrevocable fixed interest* Trusts vorsieht, ist der (anteilmässigen) steuerlichen Erfassung von Vermögen ausländischer Trusts bereits heute Genüge getan, wo eine konkrete Zurechenbarkeit von Vermögenswerten zu einer in der Schweiz ansässigen begünstigten Person besteht. Analog besteht bereits heute überall dort eine Besteuerungsmöglichkeit, wo in *revocable* Trusts gehaltene Vermögenswerte einer in der Schweiz ansässigen Person zuzurechnen sind.

Flexibilisierung von Familienstiftungen

Die Einführung eines Schweizer Trusts sollte unseres Erachtens vor allem Flexibilität schaffen. Dies sollte jedoch nicht dazu führen, dass bereits bestehende Möglichkeiten der nachlassplanerischen Gestaltung im Schweizer Recht eine (weitere und vor allem unnötige) Pönalisierung erfahren. Wie der Erläuternde Bericht bereits an einigen Stellen richtigerweise erwähnt, wäre eine Reform der Schweizer Familienstiftung (insb. Art. 335 ZGB) angezeigt.

Es soll an dieser Stelle nicht noch ein weiteres Mal dargelegt werden, weshalb Art. 335 ZGB nicht mehr zeitgemäss ist. Sollte es zu einer Einführung eines

Schweizer Trusts kommen, gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass sich der Trust – wegen der Anwendbarkeitsbeschränkung des Art. 335 Abs. 1 ZGB auf Stiftungen – als deutlich flexibler erweisen würde als die Schweizer Familienstiftung. Dies würde die Attraktivität der Schweizer Familienstiftung erneut verringern, nachdem das Bundesgericht bereits entschieden hat, dass Art. 335 ZGB keine *loi d'application immédiate* darstellt und in der Folge liechtensteinischen Familienstiftungen die Anerkennung in der Schweiz nicht verweigert werden könne (BGE 135 III 614).

Stünde nun mit dem (einem fremden Rechtskreis entspringenden) Trust in der Schweiz ein flexibleres Instrument auch für voraussetzungslose Zuwendungen an Familiendestinatäre zur Verfügung, käme dies einer faktischen Abschaffung der Schweizer Familienstiftung nahe. Dies macht rechtspolitisch keinen Sinn.

Auch unabhängig von einem politischen Vorstoss zur Änderung des Rechts der Familienstiftung muss daher die Einführung eines Schweizer Trusts mit einer Revision des Art. 335 ZGB einhergehen. Wie das Recht einer modernen Familienstiftung aussehen könnte, muss freilich im Detail erarbeitet werden. Im Zentrum der Revision sollte dabei unseres Erachtens die Streichung von Art. 335 Abs. 2 ZGB stehen. Daneben sollte auch Art. 335 Abs. 1 ZGB flexibilisiert werden, etwa bezüglich des Destinatärkreises (der heute auf den unbestimmten Rechtsbegriff "Familie" abstellt) oder der zulässigen Zwecke.

Wir danken für die Möglichkeit der Teilnahme an der vorliegenden Vernehmlassung und bitten um die Berücksichtigung unserer Anliegen.


Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Daniel Leu
Partner, Bär & Karrer AG



Dr. Ruth Bloch-Riemer
Partnerin, Bär & Karrer AG



Dr. Lukas Brugger
Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG

MEMORANDUM

A Administration fédérale des contributions et Office fédéral de la justice
Date 25 mars 2022

Proposition d'instaurer un trust selon le droit suisse

Prise de position

Notre Etude a une expérience très importante en matière de trusts et nous sommes pleinement conscients de la difficulté de l'exercice auquel se sont consacrés les rédacteurs des nouveaux art. 529a à 529w du code des obligations.

Tant sur le plan juridique qu'économique, nous estimons que l'introduction du trust en droit suisse peut être utile comme instrument de planification patrimoniale et successorale des résidents suisses et étrangers.

Ce projet n'a de sens toutefois que si les dispositions fiscales qui l'accompagnent sont compréhensibles, claires et surtout mesurées.

Tel n'est malheureusement pas le cas.

Les modifications proposées à la LIFD et la LHID annihilent l'intérêt que peut avoir un contribuable suisse de mettre en place un trust suisse ou étranger, de même qu'un constituant étranger de mettre en place un trust suisse ou étranger, dont un des bénéficiaires est un contribuable suisse.

Les dispositions fiscales proposées n'ont ainsi aucune utilité pour les résidents suisses et c'est faire le pari assez osé que le trust suisse présenterait, pour une clientèle étrangère, un avantage par rapport aux trusts des juridictions anglo-saxonnes qui connaissent cette institution depuis très longtemps déjà.

Le volet fiscal du projet est par ailleurs d'une concision extrême. Il consiste en un article de quatre alinéas qui limitent excessivement la très grande flexibilité offerte par les nouveaux articles du code des obligations.

Outre leur concision excessive, les dispositions fiscales présentent le défaut d'être si peu précises qu'il ne sera possible de conseiller un client qu'après avoir obtenu un *ruling* auprès des autorités fiscales, ce qui n'est évidemment pas le but de ce projet de loi qui vise à proposer à une clientèle suisse et étrangère un instrument dont les règles doivent être claires et les effets prévisibles.

Enfin, les dispositions fiscales réduisent fortement la flexibilité des dispositions civiles en définissant les catégories de trust d'une manière artificielle.

A défaut d'adapter le volet fiscal du projet, il convient de rejeter le projet dans son ensemble.

Notre commentaire se concentre exclusivement sur les dispositions fiscales proposées.

I. Traitement fiscal des trusts révocables (art. 10a al.1 LIFD, art. 6a al. 1 LHID)

Cette disposition reprend le principe développé dans la Circulaire n° 30 de la Conférence suisse des impôts, reprise par l'Administration fédérale des contributions dans sa Circulaire n ° 20 (la Circulaire).

Les revenus et la fortune d'un trust révocable restent imposables en mains du constituant sa vie durant. C'est un mécanisme qui est bien établi et qui ne pose pas de problème particulier.

Il est regrettable toutefois que les articles 10a al. 1 LIFD et l'art. 6a al. 1 LHID se contentent de préciser qu'un trust est révocable « lorsque le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust ».

Ce projet était l'occasion d'être plus précis, car les dispositions civiles permettent toutes sortes de combinaisons.

La situation est claire si le constituant se réserve le droit, directement ou indirectement, de révoquer le trust en sa faveur. Elle l'est moins en revanche si, par exemple, le trust est irrévocable mais que le settlor reste bénéficiaire du trust avec une possibilité de recevoir des distributions limitées ou non.

Le rapport explicatif ne clarifie pas la situation de manière satisfaisante : « On est en présence d'un *revocable trust* lorsque le constituant se réserve le droit de révoquer le trust ultérieurement et de récupérer le patrimoine résiduel ou de l'attribuer à un tiers. Le constituant ne s'est donc pas dessaisi définitivement de son patrimoine. Même un trust portant la qualification de « irrévocable » entre dans la catégorie des *revocable trusts* si le « renoncement » n'est pas définitif. L'élément déterminant est donc de savoir si le constituant renonce définitivement à son patrimoine en raison de la constitution du trust ou s'il a conservé une emprise sur le patrimoine du trust par le biais de mesures juridiques ou économiques. Le fait de renoncer à tout droit sur les actifs du trust et le fait de ne pas conserver d'emprise sur le trust ne se recouvrent toutefois pas nécessairement. Un settlor qui met en place un trust irrévocable, mais conserve le droit à des distributions limitées n'a pas renoncé à l'intégralité du patrimoine du trust puisqu'il s'est réservé des distributions en sa faveur, mais il a renoncé à toute emprise sur le patrimoine du trust. Dans cet exemple, il serait sage de considérer le settlor comme un bénéficiaire d'un trust irrévocable.

Au décès du settlor, le trust révocable devient irrévocable, ce qui est un événement qui relève fiscalement de l'impôt sur les successions, soit de la compétence cantonale. La question du taux applicable est évidemment déterminante. Certains cantons prennent en compte le taux applicable entre le settlor et le bénéficiaire le plus éloigné. D'autres

appliquent le taux maximal entre personnes sans lien familial. Il convient que le projet donne à cet égard des indications précises, car un taux élevé annihile l'intérêt du projet.

Dès que le trust devient irrévocable, il sera imposé comme un *fixed interest trust* ou un trust discrétionnaire. Dans ce dernier cas, s'il y a un bénéficiaire contribuable suisse, le trust sera imposé comme une fondation et les distributions aux bénéficiaires traitées comme du revenu. Un tel trust perd la quasi-totalité de son intérêt, la charge fiscale étant dissuasive en comparaison d'une transmission d'actifs en ligne directe. Voir les remarques sous III ci-après.

II. Traitement fiscal des *fixed interest trusts* (art. 10a al.2 LIFD, art. 6a LHID)

Dans cette hypothèse, le constituant a renoncé définitivement au patrimoine du trust ET les bénéficiaires peuvent prétendre à des prestations du trust.

L'idée ici est d'imposer les bénéficiaires comme des usufruitiers. Il s'agit d'un traitement conforme à la Circulaire, qui, par défaut, peut être maintenu. Il est toutefois regrettable que les rédacteurs du projet se soient contentés de reconduire cette règle sans en explorer plus attentivement les conditions d'application.

Outre la question de savoir à quoi correspond exactement le fait de renoncer définitivement au patrimoine du trust (voir ci-dessus le traitement fiscal des trusts révocables), s'ajoute le problème de la définition des prétentions des bénéficiaires qui déclencherait cette imposition particulière, notamment si les bénéficiaires ont des prétentions fixes et non une participation aux revenus du trust.

Imaginons un trust irrévocable dont les dispositions sont les suivantes :

- Le settlor renonce définitivement au patrimoine et revenus du trust.
- Les bénéficiaires sont les descendants du settlor et de son frère, trop tôt disparu.
- Les enfants du settlor doivent recevoir CHF 30'000 par an.
- Pour les petits-enfants et autres descendants plus lointains du settlor et les descendants de son frère, le trust couvrira obligatoirement les frais d'éducation post-obligatoire et frais médicaux non couverts par l'assurance maladie. Les frais d'éducation incluront le logement si l'enfant suit une formation post-gymnasiale et une somme mensuelle de CHF 2'000 au titre d'argent de poche jusqu'à son entrée dans la vie professionnelle.
- Le capital sera distribué aux descendants du settlor selon les règles suisses sur la dévolution légale, 60 ans après la constitution du trust.

Dans cet exemple, les bénéficiaires ont tous un droit à recevoir des prestations dans des circonstances particulières. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire des trustees. Le settlor ne peut pas bénéficier des actifs du trust. Les critères des art. 10a al. 2 LIFD et 6a al. 2 LHID sont donc bien remplis, mais il est évident qu'imposer les bénéficiaires de ce trust sur les revenus et le capital serait inéquitable.

Lors de la mise en place d'un *fixed interest trust*, dans la mesure où le constituant renonce aux actifs du trust, un impôt pourra être prélevé sur l'apport d'actifs au trust, que

ce soit par acte entre vifs ou pour cause de mort. Dans l'exemple ci-dessus, quel taux devra s'appliquer ?

III. Trusts discrétionnaires et autres cas (art. 10b al.3 LIFD, art. 6a al.3 LHID)

Dans toutes les hypothèses autres que le trust révocable et le *fixed interest trust*, le trust est imposé comme une fondation. Il s'agit principalement du trust irrévocable et discrétionnaire, soit en pratique, la grande partie des trusts mis en place.

A notre sens, les principes posés dans la Circulaire et admis par les cantons doivent être intégralement maintenus pour rendre ce projet de loi viable.

Les art. 10a al. 4 LIFD et. 6a al. 3 LHID posent à cet égard de nombreux problèmes, tous rédhibitoires :

1. Triple imposition

Le projet propose de soumettre les trusts irrévocables et discrétionnaires à une triple imposition : la constitution serait sujette à l'impôt de donation ou de succession, le trust lui-même serait imposé comme une fondation et les distributions aux bénéficiaires seraient imposées au titre de l'impôt sur le revenu.

Dans un environnement où les donations et successions en ligne directe sont exemptées d'impôt dans pratiquement tous les cantons, l'intérêt des trusts visés par les art. 10a al. 3 LIFD et 6a al. 3 LHID est très faible voire inexistant, sauf dans des cas très limités qui pourraient, par exemple, relever de la protection de l'adulte.

La question du taux applicable à l'imposition sur le transfert d'actifs au trust est cruciale, ainsi qu'il est discuté plus haut en relation avec les trusts révocables lorsqu'ils deviennent irrévocables.

Si le taux appliqué est celui entre le settlor et les bénéficiaires, du point de vue de l'impôt sur les donations ou les successions, les actifs mis en trust doivent être considérés comme imposés jusqu'à leur remise aux bénéficiaires. Nous ignorons l'hypothèse où le transfert d'actifs est imposé aux taux entre personnes sans lien familial, car dans la plupart des cantons, il n'y aura objectivement aucun intérêt à mettre en place un trust.

Les revenus et les actifs non distribués du trust ne peuvent être imposés en mains des bénéficiaires, en application des théories de la capacité contributive et de celle de l'accroissement du patrimoine, aucune réalisation du revenu en mains du bénéficiaire n'ayant lieu. Aucun droit ferme n'est par ailleurs acquis par le bénéficiaire et une imposition des revenus thésaurisés en ses mains violerait ces principes.

Une distribution provenant des revenus du trust doit naturellement être imposée comme telle auprès du bénéficiaire. Une distribution du capital de départ, en revanche, ne peut faire l'objet d'une imposition supplémentaire, car l'impôt sur les donations ou les successions a déjà été prélevé. Les gains en capitaux réalisés par des personnes

physiques ne sont pas imposés en droit suisse et sauf à considérer que le trust est une personne morale, ce qui n'est pas le cas (voir 2. ci-dessous), il n'est pas possible de requalifier un gain en capital en revenu. Ce sont les règles applicables aujourd'hui dans le canton de Genève. Les autorités fiscales fédérales ont tort de penser qu'à défaut d'imposer les actifs en trust, il y a une déperdition fiscale. Ce n'est qu'un décalage dans le temps. Durant la période qui sépare la constitution des distributions, les actifs d'un trust entièrement discrétionnaire ne peuvent être alloués à l'un ou l'autre des bénéficiaires et il faut admettre que les actifs en trust ne doivent pas être imposés en tant que tels. Ce n'est qu'un report d'imposition, car les distributions seront immédiatement imposées lorsqu'elles auront été faites à l'un ou l'autre des bénéficiaires. Ces actifs, que personne n'a le droit d'exiger et dont personne ne profite, ne sauraient être imposés sur la tête des bénéficiaires.

La Circulaire prévoit une règle qui n'est pas exempte de reproches, mais qui présente l'avantage d'être plus équilibrée et pratique que le projet de loi.

2. Imposition d'un trust comme une personne morale

Le trust n'a pas de personnalité juridique propre et n'a ainsi pas la capacité juridique. Au demeurant, le droit étranger n'octroie pas non plus la personnalité juridique au trust. Par conséquent, le trust ne peut pas, comme le serait une fondation ou une autre entité juridique suisse, être imposé au même titre qu'une personne morale. Ceci est contraire aux principes de droit fiscal suisse, ainsi qu'à la LDIP et à la théorie de l'incorporation, comme le précise la Circulaire. Le lieu où se situe le trustee n'a par ailleurs aucun impact dans ce contexte (une imposition du trustee sis en Suisse ferait aussi perdre tout intérêt du projet pour la place financière suisse).

3. Assujettissement illimité

Le projet fiscal dans son ensemble ne distingue pas entre les trusts suisses et les trusts étrangers.

Pour les trusts révocables et les *fixed interest trusts*, cela n'a que peu d'importance, puisqu'il s'agit d'imposer le settlor ou les bénéficiaires qui sont contribuables suisses. Mais la règle proposée pour les trusts irrévocables ne manque pas de surprendre. Le projet précise en effet qu'un trust est assujéti de manière illimitée non pas parce qu'il est soumis au droit suisse ou parce que le trustee est en Suisse, mais parce qu'un des bénéficiaires et/ou le constituant sont contribuables Suisse, alors que, par définition, le constituant a renoncé aux actifs du trust et que les bénéficiaires n'ont aucun droit à des distributions. Ce rattachement fiscal à des personnes qui n'ont aucun droit sur le trust est incompréhensible.¹ Au demeurant, si le rattachement devait être le domicile ou le siège du trustee, l'industrie du trust en Suisse s'en trouverait fortement affectée.

¹ Sans que cela soit explicite, le rapport semble suggérer que pour être imposé en Suisse, un trust devrait être un trust de droit suisse, mais le texte clair de la loi ne fait aucune distinction géographique et exclut ce raisonnement.

4. La « part » des bénéficiaires

Les art. 10a al. 3 LIFD et 6a al. 3 LHID précisent que l'assujettissement illimité du trust ne concerne pas les bénéficiaires sans rattachement personnel avec la Suisse. Le rapport précise : « L'assujettissement fiscal ne s'étend pas aux **parts** des bénéficiaires résidents à l'étranger. »² En d'autres termes, le trust dont un des bénéficiaires est en Suisse est assujéti de manière illimitée sur la part de ce bénéficiaire et échappe à l'impôt sur la part des bénéficiaires à l'étranger. C'est oublier toutefois que dans un trust purement discrétionnaire, un bénéficiaire n'a par définition aucune part déterminable. Ni le texte de loi ni le message ne donnent d'indication convaincante sur la manière dont les rédacteurs de ce projet envisagent de répartir du point de vue fiscal les actifs entre les bénéficiaires discrétionnaires en Suisse et ceux à l'étranger. Le rapport se contente de renvoyer à la pratique.

Il convient de souligner qu'en application de cette règle, un trust mis en place à l'étranger par un constituant étranger, soumis à un droit étranger avec une multitude de bénéficiaires étrangers, devient un sujet fiscal suisse si un seul de ces bénéficiaires transfère son domicile en Suisse.

5. Bénéficiaires déterminés et indéterminés

Le projet d'alinéa 3 distingue entre les bénéficiaires déterminés et indéterminés. Un trust est assujéti de manière illimitée si les bénéficiaires sont indéterminés et si le fondateur est un contribuable suisse. L'alinéa 3 ne définit pas les bénéficiaires déterminés ou indéterminés, mais le rapport indique qu'il s'agit des bénéficiaires qui ne sont pas (encore) identifiables. Le problème ici est que l'art. 529c CO du projet impose que les bénéficiaires soient identifiables.³ C'est l'une des conditions essentielles du trust (*the three certainties*). Peut-être les rédacteurs voulaient-ils se référer aux trusts qui prévoient des classes de bénéficiaires (les descendants de ...).

Quid, par ailleurs, d'un trust dont le settlor n'a jamais été contribuable suisse et qui a, parmi ses bénéficiaires indéterminés, des bénéficiaires en Suisse ? Retombe-t-on sous le mécanisme de l'imposition de la part du bénéficiaire suisse ? Mais alors comment la définir ? L'application pratique s'avèrerait chaotique et un tel trust qui n'aurait pas de bénéficiaires déterminés (concept qui reste ainsi à définir) et dont le settlor est à l'étranger ne pourrait en tout état pas être imposable en Suisse.

Trusts domiciliés à l'étranger en vertu d'une convention contre les doubles impositions (art. 10a al. 4 LIFD et art. 6a al. 4 LHID)

² Le rapport expose également à l'inverse que « l'irrevocable discretionary trust est imposé comme un sujet fiscal propre pour la part de la fortune et du revenu qui est dévolue aux bénéficiaires domiciliés en Suisse. »

³ Art. 529 AP-CO : « L'acte de trust désigne le ou les bénéficiaires nommément ou par un lien particulier avec le constituant ou avec une autre personne, ou par d'autres critères qui permettent d'établir la qualité de bénéficiaire au moment de la distribution d'une prestation. »

Cette disposition prévoit que si un trust au sens de l'al. 3 des art. 10a LIFD et 6a LHID est considéré comme domicilié à l'étranger en application d'une convention contre les doubles impositions, il doit être imposé en mains du settlor.

La Suisse est tenue de respecter ses obligations et doit considérer que si une convention prévoit qu'un trust n'est pas domicilié en Suisse, celui-ci échappe à l'impôt. Il n'est pas envisageable d'unilatéralement corriger les effets de la convention en prévoyant d'imposer le constituant.

Solidarité des trustees, bénéficiaires et constituant (art. 55 al. 5 LIFD)

Cette disposition prévoit que pour les trusts de l'art. 10a al. 3 et art. 6a al. 3, les bénéficiaires et le constituant sont solidairement responsables du paiement des impôts dus par le trustee. Le rapport mentionne que cette disposition est « notamment opportune lorsque le trust est géré par un trustee étranger qui ne s'acquitte pas de l'obligation de paiement ». Cette solidarité est excessive et injuste parce que le constituant ainsi que les bénéficiaires n'ont aucun droit aux actifs du trust et il est évidemment inéquitable de leur faire payer sur leurs propres biens les impôts du trustee. C'est particulièrement le cas des bénéficiaires dont les moyens de subsistance dépendent en partie ou en totalité des distributions du trust.

Conclusion

Au vu de ce qui précède et comme le relève par ailleurs le rapport explicatif, les options d'imposition de trusts irrévocables et discrétionnaires correspondant à la pratique fiscale actuelle n'ont jamais soulevé de problème de conformité au regard des conventions de double imposition. L'attribution à des bénéficiaires d'un trust irrévocable et discrétionnaire n'est pas possible car ils n'ont pas de droit ferme sur les actifs. L'attribution au trust ou au trustee n'est pas davantage concevable et constituerait par ailleurs un désavantage fiscal majeur en comparaison internationale, rendant le projet de trust suisse tout simplement inefficace et dommageable pour la place financière suisse.

A défaut d'un projet ambitieux et détaillé, la pratique fiscale actuelle des trusts irrévocables et discrétionnaires de la Circulaire est une bonne option légalement juste et fiscalement acceptable. Il suffirait de la cristalliser dans la législation.

Pour les raisons exposées, il convient de rejeter l'intégralité du projet visant à introduire un trust en droit Suisse, dans la mesure où il est accompagné du projet fiscal envisagé.

* * * * *

POSTFACH 1172 - CH-8021 ZÜRICH 1

Bundesamt für Justiz
Herr Philipp Weber
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 29. April 2022

X1013283 – DGU/DGU

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts

Sehr geehrte Damen und Herren,
Sehr geehrter Herr Weber,

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 12. Januar 2022 eine Vernehmlassung zur Einführung des Trusts eröffnet. Für diese Möglichkeit danken wir und gerne möchten wir folgende ausgewählte Punkte aufgreifen.

A. Allgemeines

Grundsätzlich befürworten wir die Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im Schweizer Zivilrecht, sofern er eine realistische Alternative zu ausländischen Trusts sein wird. Um dieses Ziel zu erreichen, sollte der Trust wie grundsätzlich vorgesehen möglichst flexibel gestaltbar sein.

Wir begrüssen, dass die Vorschläge zur Ergänzung des Obligationenrechts sich ins restliche Zivilrecht gut einfügen, und sind auch damit einverstanden, dass auf einige Aspekte des *common law* (wie z.B. Ansprüche aus *equity*) verzichtet wurde. Auch die Lösungen zur Abgrenzung des Trustvermögens vom persönlichen Vermögen des Trustees erscheint uns sachgerecht.

Wir erachten folgende Punkte als kritisch.

B. Formbedürftigkeit der Trusterrichtung

Gemäss Art. 529a Abs. 2 VE-OR wird ein Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet. Gemäss Art. 529b Abs. 5 OR wird der Trust rechtswirksam, sobald der *trustee* der Ernennung zugestimmt hat und die Vermögenswerte entgegengenommen hat.

Die Einschränkung auf Schriftform oder auf die Formen der Verfügungen von Todes wegen erscheint uns nicht zwingend. Wenn der Nachweis der *essentialia negotii* auf andere Weise erbracht werden kann, scheint uns die Annahme des Amtes und die Entgegennahme der Vermögenswerte *in trust* durch den *trustee* für die Gültigkeit ausreichend, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 12 ff. OR nicht gegeben sind.

C. Auflösung des Trusts (Art. 529u VE-OR)

Wir lehnen die Begrenzung auf 100 Jahre wie in Art. 529u VE-OR ab. Wie im erläuterten Bericht in Ziff. 5.1.1.3 ausgeführt, endet der Trust bei Ablauf der in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten Dauer oder wenn keine begünstigte Person mehr existiert bzw. kann auch durch einstimmigen Beschluss der Begünstigten vorzeitig aufgelöst werden.

Eine gesetzliche Maximaldauer erscheint uns nicht sachgerecht, da die Planung mittels Trust über mehrere Generationen erfolgen kann. Folglich würde die Begrenzung auf 100 Jahre den Trust im Vergleich zu gewissen ausländischen Trusts ohne zeitliche Begrenzung unattraktiv machen.

D. Trustee als einziger Begünstigter

Gemäss Art. 529c VE-OR darf der Trustee nicht einziger Begünstigter sein. Gemäss erläuterten Bericht zu Art. 529c soll der Trust nichtig sein, falls der Trustee einziger Begünstigter sein sollte. Wir erachten diese Bestimmung als nicht sachgerecht, da in der Praxis der Bedarf bestehen kann, dass der Trustee und der Begünstigte (z.B. für eine gewisse Zeit oder während der Lebensdauer des Errichters) deckungsgleich sein sollen. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit wirft zudem Fragen auf, ob der Trust von Anfang an (*ex tunc*) nichtig sein soll oder aber erst wenn Trustee und Begünstigte deckungsgleich wären (*ex nunc*).

E. Beschränkung der Zulässigkeit des Zwecks

Gemäss Art. 529a Abs. 1 VE-OR soll das Trustvermögen «... im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet» werden. Gemäss dem erläuternden Bericht sollen Trusts nicht zur Konkurrenz von gemeinnützigen Stiftungen werden, weshalb reine *purpose trusts*, auch solche gemeinnütziger Ausrichtung, nicht zulässig sein sollen.

Eine derartige Einschränkung erscheint uns nicht sachgerecht. Vielmehr wäre zu prüfen, wie reine *purpose trusts*, oder zumindest die *charitable purpose trusts* (im Gegensatz zu den *private purpose trusts*) ins bestehende zivilrechtliche System eingefügt werden können. Uns schwebt etwa vor, dass der *settlor* einen *charitable purpose trust* errichten darf, sofern ein *protector* mit Sitz in der Schweiz ernannt wird, der die Einhaltung des *purpose* überwacht. Es wäre dann in der Privatautonomie der Parteien, die Kompetenzen des *protectors* zu definieren.

Damit wäre eine Alternative zur gemeinnützigen Stiftung mit der staatlichen Stiftungsaufsicht geschaffen. Wir sind überzeugt, dass dies den "Stiftungsstandort" Schweiz stärkt und nicht eine unerwünschte Konkurrenz schafft. Für die steuerliche Behandlung solcher *charitable trusts* kann auf die bewährte rechtsformunabhängige Praxis der Steuerverwaltungen zur Steuerbefreiung abgestellt werden.

F. Steuerrechtliche Behandlung von Trusts

Wir erachten die steuerliche Behandlung von Trusts als einen gewichtigen Punkt, damit der Schweizer Trust in der Praxis überhaupt verwendet werden wird.

Wir befürworten, dass die Besteuerung von Trusts generell in den entsprechenden Steuergesetzen rudimentär geregelt wird, da dadurch die Rechtssicherheit erhöht wird. Eine zu detaillierte Regelung ist allerdings zu starr und gewisse Fragen sind der Praxis oder den Gerichten zu überlassen.

Wir lehnen die vorgeschlagene steuerliche Behandlung von Trust ab. Gemäss Art. 10a Abs. 3 VE-DBG soll der Trust in den übrigen Fällen (im Verhältnis zu Abs. 2) wie eine Stiftung besteuert werden. Da der Trust keine Rechtspersönlichkeit hat, ist eine Besteuerung wie eine Stiftung unseres Erachtens weder sachgerecht noch steuersystematisch richtig.

Zudem führt die Lösung dazu, dass in gewissen Konstellationen das gleiche Substrat zweimal besteuert werden würde (bei Errichtung mit Erbschafts- oder Schenkungssteuer abhängig vom kantonalen Recht sowie bei Ausschüttung oder Auflösung mit der Einkommenssteuer). Dies führt unseres Erachtens dazu, dass der irrevocable discretionary Trust unattraktiv sein dürfte und in der Praxis mit Schweizer Begünstigten kaum je umgesetzt werden würde. Zudem führt die vorgeschlagene laufende Besteuerung des irrevocable discretionary Trusts dazu, dass Kapitalgewinne steuerbar wären, was wiederum als Nachteil betrachtet werden müsste.

Wir schlagen deshalb vor, dass der Schweizer Trust gleich wie ausländische Trusts zu behandeln ist, da dadurch steuerlich keine Unterschiede zwischen Schweizer und ausländischen Trusts entsteht und ein «Level Playing Field» besteht. Die bisherige Lösung gemäss Kreisschreiben Nr. 30 «Besteuerung von Trusts» der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007 hat sich in der Praxis etabliert und soll

fortgesetzt werden. Ob es in Grundzügen in den entsprechenden Steuergesetzen geregelt werden soll, kann unseres Erachtens offen bleiben. Die bisherige Regelung ist unseres Erachtens sachgerecht, da das Einkommen und Vermögen natürlichen Personen zugerechnet wird und eine Mehrfachbesteuerung vermieden werden kann.


G. Junktim zwischen zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Regelung

Wir erachten die Vorschläge zur steuerrechtlichen Regelung für den Standort Schweiz zur Verwaltung von Trustvermögen und für die in der Schweiz ansässigen Parteien von Trusts für derart unvorteilhaft, dass wir im Falle einer Annahme der steuerrechtlichen Regelung durch die Bundesversammlung die Vorlage als ganze ablehnen. In diesem Fall ist die Weitergeltung der bisherigen Regimes mit dem Haager Trust Übereinkommen und dem Kreisschreiben Nr. 30 der Steuerkonferenz vorzuziehen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen


Peter von Burg


Dr. Mark Eichner

burckhardt AG ist eine Wirtschaftskanzlei mit rund zwanzig spezialisierten Anwälten mit Standorten in Basel und Zürich mit Schwerpunkten u.a. in der grenzüberschreitenden Nachlass- und Steuerplanung.

Der Linksunterzeichnete ist Rechtsanwalt und eidgenössisch diplomierter Steuerexperte und berät regelmässig vermögende Privatpersonen in nationalen und internationalen Nachlass- und Steuerplanungen. Er ist Mitglied der International Fiscal Association (IFA) sowie ExpertSuisse.

Der Rechtsunterzeichnete hat rechtsvergleichend zu Trust und Treuhand dissertiert und praktiziert als Advokat und Notar seit über fünfzehn Jahren in Basel mit Schwerpunkt u.a. auf Vermögensbegleitung und Nachlassplanung und -abwicklung. Er ist zudem Mitglied des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt und der Society of Trust and Estate Practitioners (Basel Branch; Mitglied des Vorstands, former chairman).

Madame
Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Cheffe du Département fédéral de
justice et police (DFJP)
Palais fédéral ouest
CH-3003 Berne

Par courriel:
zz@bj.admin.ch

Genève, le 4 mai 2022

Consultation : Introduction du trust (modification du code des obligations)

Madame la Conseillère fédérale,

En janvier dernier, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a mis en consultation le projet d'introduction d'un trust en droit suisse.

La Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG) tient à faire part de sa position sur ce projet compte tenu de son importance pour une partie de ses membres, et pour l'économie genevoise et suisse. Si le volet civil n'appelle pas de commentaires particuliers de la part de la CCIG, le volet fiscal quant à lui, est rédhibitoire.

En effet, l'imposition actuelle des trusts, qui se fonde sur une circulaire de la Conférence Suisse des Impôts est conforme aux principes fiscaux constitutionnels et répond à satisfaction aux attentes tant des contribuables concernés que des spécialistes de la branche. Ainsi, le volet fiscal de cet avant-projet, est du point de vue de la CCIG superflu, la pratique étant déjà réglée actuellement de manière satisfaisante.

Cependant, si un volet fiscal devait être maintenu, celui-ci devrait considérablement évoluer de sorte à ne pas pénaliser la branche ainsi que le développement du trust en Suisse. Si ce volet devait ne pas évoluer, la CCIG est d'avis qu'il conviendrait de conserver le *statu quo* et ne pas introduire un trust de droit suisse.

Problématique des trusts irrévocables discrétionnaires dans l'avant-projet

L'avant-projet de loi modifie la pratique actuelle et introduit une réglementation entièrement nouvelle qui traite l'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires comme celle des fondations lorsqu'au moins un bénéficiaire ou le cas échéant le constituant est domicilié en Suisse. Or, en Suisse, l'imposition de la fondation implique une double imposition d'abord lors de l'apport à la fondation, puis lors de la distribution au bénéficiaire. En outre, l'avant-projet prévoit que les prestations (revenus ou capital) provenant des trusts irrévocables

discrétionnaires soient soumises, au surplus, à l'impôt sur le revenu, ce qui est exclu par la pratique actuelle.

En outre, les critères d'assujettissement illimités prévus par la nouvelle réglementation dès lors qu'un bénéficiaire (de trust suisse ou étranger) élit domicile en Suisse semblent particulièrement excessifs, notamment au regard de la fondation de famille étrangère, reconnue comme sujet fiscal et donc ne créant pas d'assujettissement illimité en Suisse. En d'autres termes, le revenu et la fortune d'une fondation de famille étrangère seraient préservés d'une imposition en Suisse mais cela ne serait pas le cas pour les prestations d'un trust irrévocable discrétionnaire.

Conclusions

Cette nouvelle réglementation fiscale porte atteinte à l'un des objectifs de l'introduction d'un trust en droit Suisse, soit celui d'accroître l'attractivité de cet instrument. Bien au contraire, cette nouvelle réglementation aurait pour effet de mettre à mal l'attractivité du trust suisse et mettrait également en danger toute l'activité liée aux trusts en Suisse. En effet, l'effet confiscatoire de cette réglementation inciterait considérablement les trustees, bénéficiaires de trust étrangers et constituants, à s'installer hors du territoire helvète ou à renoncer à venir s'établir en Suisse. Dès lors, la CCIG recommande d'abandonner les dispositions fiscales prévues dans cet avant-projet de loi ou subsidiairement de les modifier de sorte qu'elles soient équivalentes au traitement fiscal actuel du trust.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à ces observations, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre haute considération.

Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'V. Subilia'.

Vincent Subilia
Directeur général

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'N. Hardyn'.

Nathalie Hardyn
Directrice du Département politique

La CCIG a pour objectif d'assurer une économie forte, permettant aux acteurs qui constituent le tissu économique local d'exercer leur activité de manière pérenne. Association de droit privé, indépendante des autorités politiques, la CCIG fait entendre la voix des entreprises, par exemple lors de consultations législatives cantonales et fédérales, et en formulant des propositions ayant trait aux conditions cadre. La CCIG compte plus de 2 400 entreprises membres.

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Département fédéral de justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Paudex, le 22 avril 2022
JDU

Consultation – Introduction du trust (modification du code des obligations)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil fédéral a récemment ouvert la procédure de consultation portant sur le projet de trust suisse. Ce projet propose non pas de reprendre tel quel un instrument de droit étranger mais bel et bien d'insérer une nouvelle institution au sein du code des obligations. Le trust à la mode helvétique s'inspire incontestablement du mécanisme juridique anglo-saxon. A ce titre, on relèvera que la Suisse accueille d'ores et déjà des trusts de droit étranger. Les banques sont en effet amenées à gérer des avoirs détenus par les *trustees* et de nombreuses sociétés se sont spécialisées dans l'administration des trusts. En un mot comme en cent, les trusts étrangers bénéficient depuis de nombreuses années du savoir-faire de la place financière helvétique.

Le projet de modification du code des obligations – constitué d'un volet civil ainsi que d'un volet fiscal – se distingue par sa technicité. La mise en place d'un trust suisse – amené à coexister avec les trusts de droit étranger – a potentiellement des implications multiples sur le système juridique helvétique. Pour des raisons évidentes de clarté, la présente prise de position se décompose en plusieurs étapes. Dans un premier temps, il s'agit de définir brièvement le trust anglo-saxon avant de se focaliser sur sa réception en droit suisse. Ensuite, il convient de circonscrire le projet de trust suisse et de dégager quelques éléments d'appréciation pour laisser enfin la place aux remarques conclusives.

I. Le trust anglo-saxon

En tant qu'institution de droit anglo-saxon, le trust se définit comme un rapport juridique au sein duquel un individu ou une personne morale (le *settlor*) transfère des actifs au trust et confère le contrôle de ces biens à un (ou plusieurs) tiers ou à une ou plusieurs institutions — le(s) *trustee(s)* — pour le compte du ou des bénéficiaires (les *beneficiaries*). Le trust est notamment utilisé dans le contexte familial pour planifier une succession, en particulier pour permettre la transmission d'un patrimoine sur plusieurs générations.

S'il constitue un outil idéal en matière de planification successorale, le trust peut également être utilisé pour détenir un bien ou un investissement particulier, pour transmettre une entreprise, isoler tout ou partie du patrimoine d'une personne avant le mariage et placer des plans de retraites ou des stock-options pour des employés.

Outre ses nombreuses applications pratiques, on relèvera que le trust est également un véhicule d'optimisation fiscale utilisé par les personnes fortunées pour administrer leurs avoirs. D'aucuns reprochent d'ailleurs à cette institution de se distinguer par son opacité et de favoriser la fraude fiscale. En tout état de cause, le trust est à ce jour tout autant un outil successoral et de protection contre les créanciers qu'un instrument de planification fiscale.

II. Le trust anglo-saxon en droit suisse

Sans proposer directement de trust, la Suisse dispose d'une réglementation étendue des activités trustales. On citera la loi contre le blanchiment, la Circulaire n° 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts, la loi sur les établissements financiers ainsi que la Convention de la Haye sur la reconnaissance des trusts. Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, la Suisse reconnaît les trusts constitués à l'étranger.

En vertu de la Convention de la Haye, le trust recouvre les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vif 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 un certain nombre de traits caractéristiques, avec entre autres la séparation entre les biens du trust et du *trustee*, la propriété des biens au nom du *trustee* et l'obligation du *trustee* d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust. Le but de la Convention de la Haye est de déterminer le droit applicable au trust, avec un accent sur le droit choisi par les parties. Dite convention n'apporte en revanche aucune réponse aux nombreuses questions de droit civil posées par cette institution qui ne s'insère pas au sein des catégories juridiques classiques du droit continental.

Sur le plan fiscal, la Circulaire CSI n° 30 du 22 août 2007 distingue trois catégories de trust :

1. Le trust révocable : le constituant n'a pas renoncé à son patrimoine. Les valeurs patrimoniales sont fiscalement imputées au constituant.
2. Le trust irrévocable à intérêts fixes : le constituant a établi des droits fermes et réguliers en faveur des bénéficiaires, qui sont alors imposés comme des usufruitiers.
3. Le trust irrévocable et discrétionnaire : le constituant se dessaisit de son patrimoine et fixe au *trustee* un cadre pour les distributions que celui-ci pourra décider ou non de verser au bénéficiaire. Il s'agit du cas de figure le plus fréquent. Les valeurs patrimoniales continuent d'être attribuées au constituant. Le *trustee* situé en Suisse n'est donc pas imposé sur les avoirs et les revenus du trust. Ce régime favorise bien évidemment certains constituants étrangers.

III. Le projet de trust suisse

A l'heure actuelle, il n'est pas possible de créer un trust selon le droit suisse. Une partie du monde politique et certains milieux d'affaires voudraient remédier à cela afin d'éviter que les ressortissants helvétiques ne se tournent systématiquement vers l'étranger pour constituer des trusts. Les tenants du trust suisse y voient un moyen de renforcer l'attractivité de la place économiques en complétant la palette des services financiers disponibles.

Il ressort du projet soumis à consultation que le trust suisse est conçu comme un instrument de planification successorale et de gestion du patrimoine. Le constituant qui

prend l'initiative de créer un trust détermine l'acte de constitution désignant le *trustee*, le protecteur (facultatif), le contenu et les objectifs du trust ainsi que les bénéficiaires. Si le trust est discrétionnaire – c'est-à-dire qu'il permet au *trustee* d'ajouter ou de retirer des bénéficiaires et de déterminer la part de chacun des bénéficiaires – et irrévocable (aucune disposition ne peut être changée), le constituant perd la propriété du patrimoine. On notera que le protecteur veille à la bonne exécution du trust par le *trustee*. Ce dernier administre pour sa part le trust en respectant le cadre de l'acte de constitution. Il devient propriétaire du patrimoine en cas de trust discrétionnaire et irrévocable.

En résumé, le trust helvétique reprend peu ou prou l'institution définie au sein du droit international privé, en l'occurrence la Convention de la Haye. Le projet prévoit d'insérer le trust au sein du code des obligations. Le trust constituerait une alternative aux structures destinées à assurer la transmission d'un patrimoine, à savoir la fondation, la fiducie et l'exécution testamentaire.

Le principal avantage du trust par rapport à la fondation est sa relative souplesse. On crée avec le trust une structure à long terme pour détenir un patrimoine, mais cette structure peut évoluer, être modifiée avec le temps pour tenir compte de changements de circonstances comme les déménagements d'une partie de la famille à l'étranger, la vente de l'entreprise familiale, les besoins spéciaux de certains membres de la famille, les investissements dans de nouvelles affaires ou à l'étranger. S'agissant de la fondation, une fois constituée, cette dernière est très difficile à modifier, ce qui en permet la longévité en dépit des changements de personnes à sa tête, mais est révélateur d'une certaine rigidité.

La fiducie représente un contrat de transfert de propriété entre un fiduciaire et un fiduciaire, dans le but usuellement d'assurer la gestion des biens transmis. Elle ne sert pas directement à assurer la transmission de la propriété à des tiers. Enfin, l'exécuteur testamentaire a pour tâche d'exécuter les dernières volontés d'un défunt, mais son rôle se limite à transmettre le patrimoine sans en assumer la propriété, contrairement au *trustee* qui devient propriétaire dans la majeure partie des cas.

Au niveau fiscal, le projet reprend le régime actuel s'agissant des trusts révocables et des trusts irrévocables à intérêts fixes. Par contre, le système d'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires se voit apporter des changements importants. En substance, il s'agirait de procéder à une taxation des avoirs à chaque étape de la vie du trust. Cela impliquerait un impôt sur les successions ou les donations au moment de la constitution, dans la mesure où le constituant a son domicile en Suisse. Les revenus courants et le patrimoine seraient pour leur part soumis à l'impôt sur le bénéfice et sur le capital – à l'instar de la fondation –, si le bénéficiaire a son domicile en Suisse. Enfin, les prestations seraient soumises à l'impôt sur le revenu.

IV. Appréciation globale

a. Quelques éléments positifs

L'instauration d'un trust suisse pourrait effectivement permettre à la Confédération de se positionner face aux places financières concurrentes, notamment celles de Londres et de Luxembourg. A l'heure actuelle, l'application d'une institution de droit étranger comporte des nombreux inconvénients pour les particuliers et les entreprises souhaitant y recourir, notamment en termes de coûts. Les actes constitutifs du trust font par ailleurs appel à des notions étrangères à la tradition juridique suisse. L'introduction d'un trust de droit

suisse permettrait de faciliter l'accès à cette institution pour des actifs plus modestes. Le trust ne serait ainsi plus réservé exclusivement aux élites fortunées.

Il est à noter que le trust suisse n'entre manifestement pas en contradiction avec la stratégie d'argent propre mise en place par la Confédération. Le projet du gouvernement définit en effet des devoirs d'information et de documentation afin de mettre en œuvre les différentes prescriptions internationales en la matière. Les ayants droits économiques devront en particulier être identifiés. Les engagements actuels de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme, ainsi que dans le domaine de la transparence fiscale sont de toute évidence respectés.

Le projet a le bon goût de garantir la protection des tiers. La réglementation réserve en effet les dispositions légales protégeant les créanciers (révocation LP), le conjoint (réunion aux acquêts, récompenses) et les héritiers (rapports, action en réduction). Le trust suisse n'introduit par conséquent pas de brèche en matière de protection des tiers, ce qui n'est pas tout à fait le cas du droit anglo-saxon.

On relèvera finalement avec satisfaction que les trusts caritatifs sont exclus. Le trust suisse devrait ainsi ne pas entrer outre mesure en concurrence avec la fondation qui jouit d'une bonne réputation et qui répond aux besoins des différents acteurs dans ce domaine.

b. Un projet heurtant la tradition juridique helvétique

On ne répétera jamais assez que la Suisse n'est pas un pays de *common law*. Or, le trust constitue à l'origine une création jurisprudentielle des tribunaux d'*equity* britanniques. Partant, le trust est intrinsèquement contraire à notre tradition juridique. Certes, la Suisse connaît le concept de fiducie, mais cette dernière repose sur un rapport contractuel. Par ailleurs, les biens mis en fiducie font partie du patrimoine du fiduciaire. Contrairement au droit anglo-saxon, les droits réels ne connaissent pas de démembrement de la propriété sous la forme d'une distinction entre *legal* et *equitable ownership*. Normalement, en droit suisse, une seule personne exerce la pleine maîtrise d'une chose.

Le trust implique un nouveau type de droit de propriété puisqu'il instaure un patrimoine d'affectation sans personnalité juridique. En d'autres termes, le *trustee* devient propriétaire des biens du trust sans que ces derniers n'entrent dans son patrimoine. Intégrer un tel concept au sein de l'ordre juridique suisse suppose donc une réforme des droits réels en sus d'un simple ajout au code des obligations. La notion de patrimoine séparé dans le trust remet effectivement en cause le principe d'unité du patrimoine ; sa compatibilité avec les principes cardinaux des droits réels – en particulier avec le *numerus clausus* – est d'ailleurs douteuse.

En tout état de cause, il paraît délicat d'introduire un nouveau type de droit réel au sein du code des obligations sans que le code civil suisse ne soit modifié, si tant est qu'il puisse *in fine* l'être. Le trust représente en effet une construction à part et souvent méconnue dans les pays de tradition romano-germanique.

A toutes fins utiles, on rappellera que la fondation n'a pour sa part jamais réussi à s'imposer dans les pays anglo-saxons, ce qui démontre l'importance du respect des traditions juridiques respectives. La fondation est une personne morale ; son patrimoine est affecté à un but spécial (sans droit subjectif de la part des destinataires, exception faite de la prévoyance professionnelle). La surveillance est quant à elle assurée par une autorité administrative. En somme, la fondation représente à bien des égards l'exact opposé du trust.

c. Un projet dont l'utilité n'est pas manifeste

Force est de constater que les *trust companies* n'ont absolument pas besoin d'un droit spécifique des trusts pour s'installer en Suisse. Il est parfaitement possible d'avoir un *trustee* basé en Suisse avec un trust soumis à un droit étranger. Les *trustees* profitent actuellement d'une réglementation assez souple. Au niveau fiscal, l'absence d'imposition sur les revenus et les biens du trust est un atout. Un droit local sur les trusts n'est pas nécessaire pour attirer les capitaux étrangers qui se satisfont du droit international privé.

Ainsi, le projet ne tend pas réellement à combler une lacune puisque la Suisse reconnaît les trusts de droit étranger depuis 2007. Il vise principalement à renforcer le modèle d'affaires des intermédiaires financiers suisses en leur attribuant de nouvelles compétences. Le trust suisse semble répondre en priorité aux besoins des professionnels de la place financière et peut se comprendre comme un instrument marketing destiné à proposer au client un guichet unique lui permettant d'avoir son trustee, son banquier et ses avoirs dans une même juridiction, le tout soumis au droit suisse.

d. De nombreuses difficultés potentielles

Alors que les fondations requièrent la forme authentique, le trust peut être constitué sur simple déclaration écrite. L'absence d'exigence de forme authentique pour un acte aussi important a de quoi laisser songeur. Certes, les trusts de droit étranger ne requièrent généralement pas la forme authentique. Cependant, le but du projet est d'insérer le trust au sein de l'ordre juridique suisse, qui tient la forme authentique en haute estime.

Au niveau procédural, le projet introduit un for en Suisse pour les litiges relevant des trusts. De tels litiges nécessitent des compétences spécifiques des tribunaux, étant entendu que la Cour est censée connaître le droit. Or, la Suisse ne dispose pas de juridiction spécialisée. Les tribunaux suisses n'ont quasiment aucune expérience en ce qui concerne les trusts et le concept d'équité, pourtant essentiel en la matière, est strictement encadré par la loi. A l'inverse, les juridictions anglo-saxonnes connaissent des tribunaux spécialisés et des jurisprudences séculaires. L'introduction du trust suisse risque donc fort de peser sur les autorités judiciaires et de générer des coûts importants.

Last but not least, l'un des objectifs du trust suisse est d'offrir aux parties de la sécurité juridique. Il faut cependant savoir que cette institution générera inmanquablement son lot de litiges, ce d'autant qu'elle heurte la tradition juridique suisse. Il s'agira par conséquent d'attendre plusieurs années avant de disposer d'une jurisprudence fiable en matière de trust et donc d'une sécurité juridique suffisante.

e. Un volet fiscal très mal ficelé menant à une inique triple imposition

Si presque aucun changement n'est à signaler pour le trust révocable et le trust irrévocable à intérêts fixes, le nouveau régime fiscal proposé consiste à taxer chaque étape de la vie du trust irrévocable discrétionnaire. En bref, on applique au trust le régime fiscal de la fondation qui suppose une double imposition (impôts sur le bénéfice et sur le capital), d'abord au sein de la fondation puis auprès du bénéficiaire. Afin de boucler la boucle, lors de la distribution, les bénéficiaires devront encore s'acquitter de l'impôt sur le revenu. Cette triple imposition rend le recours au trust totalement rédhibitoire. Pire encore, un tel régime fiscal pourrait conduire des *trusts companies* à quitter la Suisse. L'option sélectionnée au sein du projet pénalise exagérément les constituants et les bénéficiaires.

Au lieu de tenter de générer des recettes fiscales supplémentaires, il eut été préférable de conserver le système existant.

V. Conclusion

Le trust suisse est conçu comme un instrument de structuration du patrimoine et de planification successorale. Son introduction pourrait permettre de dynamiser la place économique suisse en générant de nouvelles opportunités d'affaires. S'il est souhaitable de chercher à innover constamment, il n'est pas opportun de le faire au détriment de la tradition juridique suisse. L'anglicisation du droit génère de coutume plus de problèmes qu'elle n'en résout. Quoi qu'on en dise, le Centre Patronal estime qu'il est délicat d'intégrer le trust dans un système de droit civil continental.

Dans la plupart des cas, le trust ne semble pas adapté à une saine planification en Suisse car il ne s'intègre absolument pas dans notre ordre juridique. De plus, le trust est un véhicule extrêmement contraignant pour être utilisé comme il se doit, sans compter qu'il fait porter un risque fiscal important aux parties. Cet outil est surtout utile dans les Etats d'où il est originaire, Etats dont les juridictions disposent d'un arsenal juridique dédié.

Le Centre Patronal est d'avis que la situation actuelle – où le trust anglo-saxon est devenu une notion pleinement reconnue en droit suisse par le truchement du droit international privé – est satisfaisante. Le trust de droit étranger constitue un concept autonome qui n'a en l'état pas besoin d'être qualifié en fonction de concepts semblables en droit interne suisse.

Compte tenu du fait que le volet fiscal est désastreux et que le volet civil du projet n'emporte pas pleinement la conviction, le Centre Patronal rejette l'introduction du trust en droit suisse. Les intérêts de la place financière à étoffer l'offre existante ne doivent pas l'emporter sur le respect de la tradition juridique helvétique et sur la sécurité des citoyens et des institutions.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Centre Patronal



Jimmy Dupuis

22 April 2022

Submission on the Trusts Bill

By Email

Dear Sirs,

Introduction

1. Cone Marshall (Suisse) Trustee Sarl, ("Cone Marshall") welcomes the opportunity to make a submission on the preliminary draft of the bill proposing the introduction of the legal concept of the trust into Swiss law (the "Trust Bill").
2. Cone Marshall is a Swiss trust company specialising in trust structures succession planning, helping families protect and preserve their wealth and fiduciary services. We take great pride in our expertise and experience, especially in the area of international trust law. The firm provides trustee services as well as independent advice to individual clients and international law firms from across the world. Cone Marshall also provides services to domestic clients; the breadth of our knowledge on trust law, and cross border succession planning is multifaceted and recognised globally.
3. Cone Marshall is in support of the policy objectives behind the Trust Bill. Despite some areas of concern, which will be outlined in our submissions, the proposed introduction of the trust into Swiss law is an interesting development and, if properly implemented, has the potential to bolster Switzerland's standing as an international estate planning jurisdiction.
4. Please find below our submissions on the preliminary draft of the Trust Bill set out by order of the Articles. We kindly ask you that you review our submissions with detailed consideration, please do not hesitate to contact us if you require any clarification on the points addressed.

Art. 529i – Accountability of the trustee and beneficiaries' right to information

5. The duty to provide information is very wide and it would be helpful if guidelines are provided as to (i) the purpose for providing the information; and (ii) the basic or minimum information that can be provided by the trustee to a beneficiary (bearing in mind the purpose). Bearing in mind a Swiss trustee could be a trustee of a dynastic trust that was settled over 100 hundred years ago and the trustee retains substantial records accrued over the lifetime of the trust. The trust may also own substantial and multiple assets in multiple jurisdictions including bank accounts, commercial assets or shares in underlying operating and holding companies, hold trademarks, patents, art collections, classic cars etc.
6. For instance under the New Zealand Trusts Act 2019 the main purpose of a trustee disclosing information to a beneficiary is to ensure the trustee is accountable to the beneficiaries. Therefore a beneficiary should be provided sufficient information to enforce against the trustee the terms of the trust and the trustee's duties. Refer to paragraph II.

7. We note that this article provides that any beneficiary may request information from the trustees about his rights and expectancies under the trust instrument. We respectfully submit that greater clarification would be welcome as to what is encompassed by the "rights and expectancies" about which the beneficiary may request information. Additionally, will the rights of the beneficiary to request information depend on the nature of the beneficiary's interest under the trust. In particular, we submit that it would be advisable to draw a distinction between the rights to information of, and the information which the trustee must disclose, depending on whether the beneficiary is a primary or secondary beneficiary and/or whether the beneficiary holds a fixed interest in the trust or is a member of a class of discretionary beneficiaries with an interest in expectancy in the trust.
8. Additionally, we note that under Art.529i(3) the trustee may refuse to provide information to a beneficiary for good cause as provided for by the trust instrument or if such information would jeopardise the legitimate interests of the other beneficiaries. We submit that greater clarification should be provided on what may be included in the trust instrument as a "*good cause*" for which the trustee may refuse to disclose information to a beneficiary. In addition, greater clarification would be helpful with regards to what information (or categories thereof) would be deemed to jeopardise the legitimate interests of the other beneficiaries. In our experience, many beneficiaries are primarily concerned with issues of privacy and it would be helpful to have clarification on whether this is covered by the article under consideration.
9. We propose that it would be of great assistance for the legislation to provide a non-exhaustive list of factors which the trustees should take into account before disclosing information to beneficiaries. For comparison's sake, section 53 of the New Zealand Trusts Act 2019 sets out a list of factors which the trustee must consider before disclosing information to beneficiaries. These factors include (but are not limited to) the following:
 - the nature of the interests in the trust held by the beneficiary and the other beneficiaries of the trust, including the degree and extent of the beneficiary's interest in the trust and the likelihood of the beneficiary receiving trust property in the future;
 - whether the information is subject to personal or commercial confidentiality;
 - the expectations and intentions of the settlor at the time of the creation of the trust (if known) as to whether the beneficiaries as a whole and the beneficiary in particular would be given information;
 - the age and circumstances of the beneficiary;
 - the age and circumstances of the other beneficiaries of the trust;
 - the effect on the beneficiary of giving the information;
 - the effect on the trustees, other beneficiaries of the trust, and third parties of giving the information;
 - in the case of a family trust, the effect of giving the information on relationships within the family;
 - the relationship between the trustees and some or all of the beneficiaries to the detriment of the beneficiaries as a whole;
 - In a trust that has a large number of beneficiaries or unascertainable beneficiaries, the practicality of giving information to all beneficiaries or all members of a class of beneficiaries;
 - the practicality of imposing restrictions and other safeguards on the use of the information (for example, by way of an undertaking, or restricting who may inspect the documents);
 - the practicality of giving some or all of the information to the beneficiary in redacted form;
 - if a beneficiary has requested information, the nature and context of the request;
 - any other factor that the trustee reasonably considers is relevant to determining whether the presumption applies.

We respectfully submit that it would be of great assistance to practitioners, as well as ensure greater certainty for trust parties, if the Trust Bill included a similar list of factors which are to be taken into account in the event of a request for information from a beneficiary.

Art. 529j Identification and documentation requirements

10. The collection of information will lead to greatly increased costs of administration (inventories or assets, financial statements etc). It is not clear as to what information is required.
11. Perhaps consider the purpose of collecting information and documents. Are there any "core" documents that should be retained, so far as is reasonable? For example, section 45 of the New Zealand Trusts Act 2019 lists the following documents:
 - 11.1. the trust deed, any supplemental deeds and documents containing the terms of the trust;
 - 11.2. any variations to the trust deed or trust;
 - 11.3. documents recording trustee decisions;
 - 11.4. contracts;
 - 11.5. settlor's letter of wishes;
 - 11.6. Financial records;
 - 11.7. any other documents required for the administration of the trust etc.
12. Should the trustee keep sufficient records to enable it to be able to have an accurate records of the trust's assets, liabilities, income and expenses?
13. If the trust's income is not taxable in Switzerland it may not be required to keep documents sufficient to determine the trust's assessable income and deductible expenses. These records could be retained by the trust's accountant.

Art. 529n – Rights of Third Parties over the Trust Fund

14. Art. 529n (2) provides that *"trust assets are liable only for the obligations set forth in the trust instrument and for those incurred by the trustee in the due exercise of his office"* and further provides that trust property *"is precluded from debt enforcement proceedings for any other obligation"*. We submit that clarification would be welcome about whether this article applies to settlors and/or beneficiaries, as well as to trustees.
15. Additionally, as you will be aware, trusts are often established for the purpose of protecting the assets settled on the trust from potential future claims against the Settlor. We propose that additional clarification is required about whether such asset protection trusts are possible under the provisions of this article.

Art. 529o – Trustee's rights over the trust fund

16. We respectfully submit that additional clarification should be provide in relation to Art 5290 (1)(4) which provides that the trustee shall have a claim against the trust fund for *"compensation for damage sustained through no fault of his own in the due exercise of his office"*. We submit that the meaning of this clause is somewhat unclear and it would be helpful if the scope of the damages covered by this clause is more clearly defined. In particular, will minor technical breaches, such as minor delays which are outside the control of the trustee, will be covered by the scope of this clause?

Art. 529t – Amendment

17. We note that this article provides that the trust instrument may grant the settlor, trustee or protector the power to amend the provisions of the trust. However, it is unclear from this article whether amendment of the trust is possible where this is not provided for by the terms of the trust instrument. We submit that further clarification should be provided about whether amendment of trusts is permissible where this is not explicitly provided for under the terms of the trust instrument. Additionally, clarification should be provided on whether it will be possible to make an application to court to amend or vary the terms of a settlement by unanimous consent of beneficiaries without applying to court.

Art. 529u - Termination

18. This article provides for a maximum trust period of 100 years, provided that the trust has not terminated prior to this point following the occurrence of a termination event specified in the trust instrument or when there are no longer any beneficiaries in existence. It is our submission that a greater maximum trust period might be considered in the interests of promoting Switzerland as an attractive trust jurisdiction.
19. In our experience many settlors, in particular, ultra high-net worth individuals (“HNIs”) may not wish the assets settled on a family trust to devolve automatically upon the second or third generations of the family. Such trust may often hold business trading assets, real property or valuable collections of tangible assets and there may be very strong reasons for the settlor’s wish for such assets not to devolve automatically upon the trust’s beneficiaries within a couple of generations. As a result, HNIs who wish to establish a trust to preserve family wealth may look to establish a trust in a jurisdiction which offers the possibility of a longer maximum trust period or of establishing a perpetual trust.
20. In light of the above, we respectfully propose that consideration might be given to amending this article to provide for a longer maximum trust period of **[200 years]**. Alternatively, consideration might be given to amending the draft law to remove any maximum trust period and allow for the creation of perpetual trusts as has been done in a number of jurisdictions.

Miscellaneous

21. In addition to the various articles referred to above, we have a couple of additional comments for matters which we believe should be covered by the Trust Bill but which do not appear to be addressed in the preliminary draft. These include the following:

Position of Trusts with non-Swiss proper law

22. We submit that clarification would be welcome on the position of trusts with a Swiss trustee, which have a governing law other of a jurisdiction other than Switzerland at the date of the entry into force of the Trust Bill following its eventual enactment. From Art. 529t we understand that the trust instrument may grant the settlor, trustee or a protector, the power to amend the proper law of the trust. However, we believe that it would be helpful to have clarification on whether the default position for trusts created before or after the entry into force of the Trust Bill will be to have Swiss proper law.
23. Additionally, we would welcome clarification about whether the provisions of the Trust Bill will apply to trusts which have a foreign proper law. We submit that provisions could be inserted into the Bill to enable the trustees to decide whether or not such trusts should opt out of the provisions of the Trust Bill.

24. The Trusts Bill is not clear as to whether trusts can be created with another proper law, or if this law overrides other foreign laws where it applies.
25. There is no clear distinction between what is proper law, and what are jurisdictional rules regulating all Swiss trustees whatever the proper law is (if another proper law is permitted). For example is the perpetuity period a proper law matter, or a trustee law matter? Is the requirement to keep records linked to the proper law of the trust or the residence of the trustee?

Delegation by Trustee

26. We submit that the Trust Bill should provide further information on the circumstances in which the trustee may delegate its powers and functions to others. In particular, we envisage distinct sets of circumstances in which delegation by the trustee might be permissible, including the following sets of circumstances:
- Delegation by the trustee in very limited and/or clearly delineated circumstances, for example, where the trustee is temporarily physically incapacitated or is travelling abroad
 - Delegation of some powers and functions by the trustee to expert advisors or other specialists, for example, investment advisors or property managers.

In our experience, there may be circumstances where it is desirable for a trustee to delegate powers of investment of the trust fund to an investment manager because the trustee has no investment expertise and wishes to rely on the advice and expertise of such person.

We submit that the Trust Bill should clarify the extent of a trustee's liability for the acts and/or omissions of agents.

We submit that, in the interests of promoting Switzerland as an attractive estate planning and trusts jurisdiction and to promote the skilled individuals who act as professional investment managers and bankers consideration should be given to the role of an Investment Advisor under the Trust Bill. A trustee should be able to rely on and not be liable for investment directions given to it by the Investment Advisor. investment advisor. The Investment Advisor will be responsible for recommending, authorising and vetoing investments of the Trust Fund etc.

Because of the role of the Investment Advisor, the Trustee is not responsible for making any investment decisions, determining investment strategy/risk profile etc – these functions will be entirely up to the Investment Advisor. If the trustee considers that the Investment Advisor is acting rationally and reasonably, the trustee should not be an obligation to review the directions of the Investment Advisor which could cause undue delays in execution of any trades. This protects the trustee against liability particularly in cases where a trustee is not qualified to provide investment advice.

We submit that consideration could be given to allow the settlor to appoint him/herself or appoint another individual to act as an Investment Advisor/protector. This Investment Advisor/protector (or protector committee) could reserve certain powers to **direct** the trustee on discrete aspects of the administration of the trust such as investment management or distributions to beneficiaries. This means that, while the Trust's assets will be held by the trustee, the Settlor (or protector) could retain some control over the management and investment of the Trust assets, depending on the terms of the trust deed

Trustee powers and duties

27. There is no mention about trustee's powers. Does a trustee have the powers of a natural person to deal with trust property as the trustee sees fit? Alternatively, should powers be defined in the trust instrument/deed? Fundamental rules like powers of sale of assets, invest the trust fund, powers to apply/use trust property for beneficiary's welfare, powers in respect to minor/child beneficiaries, powers to appoint others to exercise or perform certain functions or powers etc are not mentioned.
28. The trustee needs sufficiently wide powers to enable them to do all they need to manage and safeguard the trust property. Are these powers implied, or must they be spelt out in the trust instrument?
29. Should the provisions state that while the trustee has competence to do all that a natural person can do with his or her own property, the trustee is subject to the trustees' duties and purposes and/or objects of the trust? The better way to ensure that trustees act appropriately in the beneficiaries' interests or for the trust's purpose/object is to give the duties of trustees prominence in the Trust's Bill.
30. For instance under the New Zealand Trusts Act 2019 trustee duties are divided into two categories:
(a) mandatory duties; and (b) default duties as set out below:
 - a. mandatory duties form part of every trust relationship, irrespective of any provisions to the contrary in terms of the trust. The default duties form part of a trust relationship, except to the extent they are specifically modified or excluded by the terms of the trust.
 - b. mandatory duties include:
 - i. the duty to know the terms of the trust;
 - ii. the duty to act in accordance with the terms of the trust;
 - iii. the duty to act honestly and in good faith;
 - iv. the duty to act for the benefit of beneficiaries or to further the permitted purpose of the trust;
 - v. the duty to exercise the trustee's power for a proper purpose.
 - c. default duties include:
 - i. the general duty of care;
 - ii. the duty to invest prudently;
 - iii. the duty not to exercise power for a trustee's own benefit;
 - iv. the duty to consider exercise of power;
 - v. the duty not to bind or commit trustees to future exercise of discretion;
 - vi. the duty to avoid conflict of interest;
 - vii. the duty of impartiality;

- viii. the duty not to profit from their trusteeship;
- ix. the duty to act for no reward;
- x. the duty to act unanimously.

Trust administration

Trust administration refers to the management of assets within the trust. The trustee is responsible for trust administration, and holds the duty of fiduciary. The trustee must protect the assets of the trust, and ensure they are used according to the trust setup. The duties of trust administration will vary according to the nature of the trust.

The Trusts Bill does not address administrative area. There will be a great deal of uncertainty as to administration and application of legal principles as due to lack of consistency with standard trust concepts it will be hard for trustees and courts to know what to do.

If the trust instrument does not grant the trustee a power to amend/vary the trust deed may the trustee apply to court? Under what circumstances may a trustee apply to apply to court? Does the court have jurisdiction to make orders? May a trustee apply for directions etc. to proceed with a transaction/s or obtain the court's blessings? Can the court relieve the trustee from personal liability or act to resolve differences between power holders and beneficiaries? There also does not seem to be any provision for the court's powers of variation of trusts. These are not proper law matters but trustee/jurisdiction matters and hence very important.

Concluding remarks

31. Cone Marshall wishes to thank you for this opportunity to provide our comments, concerns and proposals on the Trust Bill. Despite the areas of concern mentioned above, we believe that for the most part the introduction of the Trust Bill is an interesting and exciting development which has the potential to significantly enhance Switzerland's standing as a location for international investment and estate planning. For any further discussion regarding our submission, please feel free to contact either Sean Breslin, managing partner and/or Cone Marshall's group head of legal and compliance, Claudia Shan, New Zealand Solicitor and partner of New Zealand law firm, Cone Marshall Limited (emails: sbreslin@conemarshall.com and cshan@conemarshall.com).

Yours faithfully,



Cone Marshall (Suisse) Trustee Sàrl
Geoffrey Cone



Cone Marshall (Suisse) Trustee Sàrl
Sean Breslin

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

29. April 2022

Stellungnahme zur Einführung des Trusts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Als Schweizer Berufsverband für Immobilienverbriefung widmen wir uns der Dienstleistungsentwicklung in der Immobilienbriefungsbranche. Wir vertreten die Interessen unserer Mitglieder im Rahmen der aktuellen und künftigen Entwicklungen sowohl in der Regulierung wie auch im Steuerrecht. In diesem Sinne beziehen wir gerne Stellung zu der am 12. Januar 2022 eröffneten Vernehmlassung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements zur Einführung des Schweizer Trusts.

• Systemwidrige Mehrfachbesteuerung bei Irrevocable Discretionary Trusts

Die Vorlage ist mit der vorgeschlagenen Besteuerung der Trusts ein Rückschritt im Vergleich mit der bestehenden und weitgehend anerkannten Praxis in den meisten Kantonen (KS SSK 30). Die vorgeschlagene Mehrfachbesteuerung bei Irrevocable Discretionary Trusts ist auch in Bezug auf Immobilienvermögen äusserst unattraktiv und problematisch:

Erbschafts- oder Schenkungssteuer bei der Errichtung

+ laufende Besteuerung der Erträge und des Vermögens auf Ebene des Trusts

+ Besteuerung bei der Zuwendung inkl. eingelegter Substanz beim Beneficiary

Sollte die Vernehmlassung zeigen, dass ein breiter Bedarf nach einem Schweizer Trust besteht, ist der Vorschlag dahingehend anzupassen, dass die auf Ebene des Irrevocable Discretionary Trusts besteuerten Gewinne bei deren Ausschüttung an die Beneficiaries, soweit diese von der Schweizer Steuerpflicht betroffen sind, steuerfrei erfolgen. Dies in Anlehnung an das Besteuerungsregime für kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz, die ungeachtet ihrer rechtlichen Struktur (vertragliche Form, SICAV oder

KmGK) stellvertretend für die Investoren in Bezug auf die Erträge aus direktem Grundbesitz subjektiv gewinn- und kapitalsteuerpflichtig sind. Die Ausschüttung dieser Erträge ist bei den in der Schweiz ansässigen Investoren steuerfrei. Dadurch lässt sich die systemwidrige, steuerliche Mehrfachbelastung vermeiden.

- **Steuer- und abgabeauslösende zivilrechtliche Handänderungen**

Bisher bestehende und bekannte Besteuerungsprobleme werden in der Vorlage weder adressiert noch gelöst. Bei Immobilienvermögen beziehen sich diese namentlich auf Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuern. Ähnlich wie bei einem Fondsleitungswechsel einer vertraglichen kollektiven Kapitalanlage mit direktem Grundbesitz, bei welcher die Fondsleitung stellvertretend für das Sondervermögen im Grundbuch als zivilrechtlicher Eigentümer der Grundstücke erfasst ist, kommt es bei einem Wechsel des Treuhänders zu einer zivilrechtlichen Handänderung im Grundbuch, welcher in vielen Kantonen die Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuer auslöst. Da ein Wechsel des Treuhänders, der lediglich als Dienstleister auftritt, in der Praxis häufig vorkommen kann, sollte dies im Hinblick auf eingebrachte Immobilienvermögen in einen Trust, ungeachtet davon, ob es sich um einen Revocable Trust, Irrevocable Fixed Interest Trust oder Irrevocable Discretionary Trust handelt, in der Vorlage Beachtung geschenkt werden. Sollte die Vernehmlassung zeigen, dass ein breiter Bedarf nach einem Schweizer Trust besteht, ist der Vorschlag dahingehend anzupassen, dass ein Wechsel des Dienstleisters jederzeit ohne signifikante Steuerkonsequenzen erfolgen kann. Idealerweise soll eine generelle Lösung gefunden werden, die auch das ungelöste Problem bei Fondsleitungen von vertraglichen Fonds regelt.

Für eine Diskussion, gegebenenfalls im Hinblick auf die Ausarbeitung einer neuen Gesetzesvorlage, stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Coptis

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Ausschliesslich per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

13. April 2022

Stellungnahme zur Einführung eines Schweizer Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Januar 2022 haben Sie uns eingeladen, in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mitglieder aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Die Einführung eines Schweizer Trusts als solchem im Interesse der Stärkung des Finanzstandortes Schweiz im Vergleich zu Finanzplätzen wie London, Luxembourg oder Singapur wird im Grundsatz positiv bewertet. Ein Schweizer Trust würde neue Anwendungs- und Geschäftsmöglichkeiten im Rahmen der Vermögensverwaltung und Nachlassplanung eröffnen. Auch können eigenständige schweizerische Regelungen eine gewisse Unabhängigkeit von ausländischen Bestimmungen und Jurisdiktionen ermöglichen. Ob ein Trust auf Basis des schweizerischen Obligationenrechts in der Praxis grosse Wirkung entfalten würde, ist jedoch unsicher.

Seit dem Inkrafttreten des Haager Übereinkommens im Jahr 2007 wird der ausländische Trust in der Schweiz rechtlich anerkannt. Eine als Arbeitgeberin und Steuerzahlerin bedeutsame Schweizer Trust-Wirtschaft hat sich entwickelt. Die Schweizer Trust-Wirtschaft basiert auf einer langstehenden, gut eingespielten Praxis.

Hinsichtlich der in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagenen zivilrechtlichen Bestimmungen zum Schweizer Trust besteht nur punktuell Handlungsbedarf (vgl. Stellungnahme unseres Mitglieds SATC).

Hingegen sind die vorgeschlagenen steuerrechtlichen Bestimmungen abzulehnen. Sie würden die bestehende Schweizer Trust-Wirtschaft in ihren Grundlagen gefährden und können aus Standortsicht nicht unterstützt werden. Die geltende Praxis im Steuerbereich hat sich bewährt. Sie folgt in Kreisschreiben festgehaltenen Grundsätzen und wird den verschiedenen kantonalen Gegebenheiten und Anforderungen gerecht. Einen darüberhinausgehenden gesetzlichen steuerlichen Rahmen für einen Schweizer Trust betrachten wir auf dieser Grundlage als unnötig.

Sollte die Vernehmlassung zeigen, dass ein breiter Bedarf nach einem Schweizer Trust besteht, ist der Vorschlag so anzupassen, dass in der Gesetzgebung gegenüber der bestehenden steuerrechtlichen Praxis keine Einschränkungen erfolgen, d.h. das Gesetz nicht hinter die heutige Praxis zurückfällt. Eine solche Folge der Gesetzgebung könnten wir nicht unterstützen. **Einen Schweizer Trust auf Basis des vernehmlasssten Vorentwurfs lehnen wir ab. Hingegen könnten wir einer rein zivilrechtlichen Gesetzesnormierung zustimmen.**

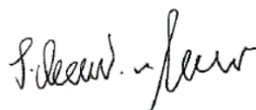
Für weitere Ausführungen verweisen wir auf die Stellungnahmen unserer Mitgliedorganisationen (bspw. SATC, SBA und ABPS).

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme sowie der Stellungnahmen unserer Mitgliederorganisationen beim Entscheid über das weitere Vorgehen in diesem Projekt und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Dr. Frank Marty
Mitglied der Geschäftsleitung



Sandrine Rudolf von Rohr
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

Per E-Mail:

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
zz@bj.admin.ch

Zürich, 28. April 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022 in rubrizierter Angelegenheit und bedanken uns für die Möglichkeit, zum Entwurf des Bundesgesetzes betreffend Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) Stellung nehmen zu können.

1. Vorbemerkung

In Umsetzung der Motion 18.3383 strebt der Vorentwurf die Einführung des Rechtsinstituts des Trusts in das Obligationenrecht an. Die Schaffung von klaren rechtlichen Rahmenbedingungen für die Errichtung von inländischen Trusts ist grundsätzlich zu begrüssen. Ob die Einführung eines Schweizer Trusts sinnvoll und zur Stärkung des Finanzstandortes Schweiz beiträgt, ist von den politischen Entscheidungsträgern zu beurteilen.

Wir werden uns in unserer Vernehmlassung unter Vorbehalt der unteren Anmerkungen auf die vorgeschlagenen **Änderungen in den Steuergesetzen** (DBG, StHG sowie VStG) beschränken.

In **zivilrechtlicher Hinsicht** sei darauf verwiesen, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung eher offen gehalten ist, was breite Gestaltungsmöglichkeiten aber auch durch die Praxis zu klärende Umsetzungsfragen hervorrufen dürfte. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Rechnungslegung und Revision (Art. 529e Abs. 1. Ziff. 3 nOR) schlagen wir vor,

Art. 529e Abs. 1. Ziff. 3 nOR wie folgt zu präzisieren: «vom Trustee die Rechnungslegung des Trusts **nach dem 32. Titel des Obligationenrechts** zu verlangen und **ergänzend** deren Revision **zu beauftragen**;»

In **aufsichtsrechtlicher Hinsicht** ist die Orientierung an den internationalen Transparenzstandards der FATF und des Global Forum bezüglich Identifikations- und Dokumentationspflichten der Trustees zu begrüssen, wobei deren allfällige Weiterentwicklung zu berücksichtigen sein wird.

2. Grundsätzliche Bemerkungen zur Besteuerung des Trusts

Die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Besteuerung des Trusts macht insbesondere den Irrevocable Discretionary Trust gegenüber der derzeitigen steuerlichen Behandlung nach dem Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) vom 22. August 2007 sowie Kreisschreiben Nr. 20 der ESTV vom 27. März 2008 (zusammen das "**Trust-Kreisschreiben**") der nach ausländischem Recht errichteten Trusts (nachfolgend "**Foreign Trusts**") deutlich unattraktiver:

- Die gemäss Trust-Kreisschreiben anerkannte Abschirmwirkung eines vor Zuzug des Settlors errichteten Trusts (sog. "Pre-Immigration-Trust") würde entfallen;
- Die Ausschüttung der eingelegten Substanz eines Irrevocable Discretionary Trust wäre – abweichend vom Trust-Kreisschreiben – stets einkommenssteuerpflichtig.

Dies macht die Schweiz als Zuzugsstaat für einen Settlor bzw. Beneficiaries eines Irrevocable Discretionary Trust gegenüber der derzeitigen Situation deutlich unattraktiver. Dies ist aus unserer Sicht nicht wünschenswert.

3. Denkbare Alternativen zum bundesrätlichen Vorschlag

Aus unserer Sicht gäbe es folgende Alternativen zum bundesrätlichen Vorschlag:

1. Alternative 1: Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf nach schweizerischem Recht errichtete Trusts (nachfolgend: "**CH-Trusts**");
2. Alternative 2: Gesetzliche Verankerung der im Trust-Kreisschreiben enthaltenen Besteuerungsregeln;
3. Alternative 3: Anerkennung der Abschirmwirkung eines Irrevocable Discretionary Trust auch für durch einen im Inland ansässigen Settlor errichtete CH-Trusts und Foreign

Trusts (im Rahmen von gesetzlichen Regeln oder einer Anpassung des Trust-Kreisschreibens);

4. Alternative 4: Verzicht auf die gesetzliche Regelung der Besteuerung des Trusts und Beibehaltung der Praxis gemäss Trust-Kreisschreiben, welche sowohl auf CH-Trusts und Foreign Trusts angewendet wird.

3.1 Beurteilung Alternative 1: Gesetzliche Regelung nur für CH-Trusts

Eine Beschränkung der vom Bundesrat vorgeschlagenen steuerlichen Regelung auf CH-Trusts ist aus unserer Sicht aus folgenden Gründen nicht angezeigt:

- Der CH-Trust wird (zumindest für den Irrevocable Discretionary Trust) gegenüber dem Foreign Trust komplett unattraktiv und dürfte daher praktisch bedeutungslos sein;
- Ungleichbehandlung CH-Trust gegenüber Foreign Trust ist aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch.

3.2 Beurteilung Alternative 2: Gesetzliche Verankerung des Trust-Kreisschreibens

Denkbar wäre es, die im Trust-Kreisschreiben enthaltenen Besteuerungsregeln gesetzlich zu verankern und sowohl auf CH-Trusts als auch Foreign Trusts anzuwenden.

Im Grundsatz wäre dies aus unserer Sicht ein denkbarer Weg. Heikel erscheint jedoch, dass sich der Gesetzgeber über die verfassungsrechtliche Kritik, die am Trust-Kreisschreiben geübt wird, hinwegsetzen müsste. Hinzu kommt, dass die unten (Ziff. 3.4) dargestellten Vorteile der Regelung auf Stufe eines Kreisschreibens verloren gehen, weshalb wir der Auffassung sind, dass dieser Weg nicht beschritten werden sollte.

3.3 Beurteilung Alternative 3: Allgemeine Anerkennung der Abschirmwirkung des Irrevocable Discretionary Trusts

Die Anerkennung der steuerlichen Abschirmwirkung des Irrevocable Discretionary Trusts auch für einen im Inland ansässigen (und ordentlich besteuerten) Settlor hätte den Vorteil, dass sich die verfassungsrechtliche Kritik, die am Trust-Kreisschreiben geübt wird, weitgehend ausräumen liesse. Zugleich würde dies den Irrevocable Discretionary Trust steuerlich sehr attraktiv machen. Die Folge wären jedoch grosse Steuerausfälle (insbesondere bei der Vermögenssteuer), weshalb diese Alternative unseres Erachtens ebenfalls nicht weiterzuverfolgen ist.

3.4 Beurteilung Alternative 4: Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der Besteuerung von Trusts

Die Einführung eines CH-Trusts kann ohne Weiteres ohne Anpassung von steuerlichen Regeln erfolgen. Bereits heute müssen die Steuerbehörden sich mit der Besteuerung von Foreign Trusts auseinandersetzen. Die damit verbundenen Fragestellungen unterscheiden sich in keiner Art und Weise von der Besteuerung des CH-Trusts. Es wäre also problemlos möglich, das Trust-Kreisschreiben auch auf CH-Trusts anzuwenden. Es müsste diesbezüglich nicht einmal angepasst werden.

Aus den folgenden Gründen ist dies aus unserer Sicht die überzeugendste Lösung:

- Die geltende Praxis gemäss Trust-Kreisschreiben hat sich im Grossen und Ganzen bewährt, es besteht kein eigentlicher Handlungsbedarf;
- Die Attraktivität der Schweiz als Zuzugsstaat von natürlichen Personen, welche Settlor oder Beneficiaries eines Irrevocable Discretionary Trusts sind, bleibt gewahrt;
- Der Umgang der einzelnen Kantone bei der Besteuerung von Trusts kennt viele Eigenheiten. Diese ist u.a. auch dadurch bedingt, dass sich die steuerlichen Rahmenbedingungen betreffend Pauschalbesteuerung sowie Erbschafts- und Schenkungssteuern von Kanton zu Kanton unterscheiden. Zudem sind die kantonalen Unterschiede auch historisch bedingt. Es wäre unseres Erachtens nicht angezeigt, die kantonale Autonomie bei der Praxis zur Besteuerung von Trusts zu beschneiden und damit den in dieser Frage bewährten Föderalismus zu beschneiden.
- Mit der Regelung auf Stufe eines Kreisschreibens kann flexibler auf Rechtsentwicklungen reagiert werden. Zudem ist diese Vorgehensweise auch weniger anfällig für allfällige Missbräuche.
- Der Trust ist ein äusserst vielseitig einsetzbares Rechtsinstitut. Die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Steuerfolgen orientiert sich offensichtlich am Private Trust und passt nicht unbedingt auf andere Verwendungszwecke des Trusts (wie insbesondere den Charity Trust).
- Die für den Trust angedachten Sonderregeln zur steuerlichen Ansässigkeit führen dazu, dass dieser im Vergleich zur Familienstiftung unattraktiver wird. Damit wird gegen den Grundsatz der rechtsformneutralen Besteuerung verstossen.

4. Konkrete Beurteilung der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen

Obwohl wir der Auffassung sind, dass auf eine Regelung der Besteuerung von Trusts in DBG, StHG und VStG zu verzichten ist (vgl. dazu oben Ziff. 3.4), nehmen wir im Folgenden dennoch zu den vorgeschlagenen Gesetzesartikeln Stellung.

4.1 Revocable Trust (Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG)

Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG verankern im Wesentlichen die (grundsätzlich bewährte) Praxis zur Besteuerung von Revocable Trusts. Die Zurechnung an den Settlor ist u.E. sachgerecht.

Die Abgrenzung vom Irrevocable Discretionary Trust ist von grosser praktischer Bedeutung. Diesbezüglich kommt dem in Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG verwendeten Begriff der "endgültigen Veräusserung" entscheidende Bedeutung zu. Mangels Legaldefinition wird die Ausfüllung dieses Begriffs der Praxis überlassen.

Das Trust-Kreisschreiben versteht den Begriff der "endgültigen Veräusserung" sehr eng, was in der Literatur u.E. zu Recht kritisiert wird. So erscheint eine Zurechnung des Trustvermögens an den Settlor, der sich jeglicher Einwirkungsmöglichkeiten auf den Trust entledigt, selbst dann nicht sachgerecht, wenn der Settlor zu den Ermessensbegünstigten gehört. Auch ist eine Zurechnung an den Settlor immer dann fragwürdig, wenn er zwar das Recht hat, den Trustee abzurufen, selbst aber nicht zu den Beneficiaries gehört.

Während die Zurechnung an den Settlor eines Revocable Trusts nach h.L. gestützt auf die Steuerumgehung bzw. Rechtsmissbrauch erfolgt, wäre dies nach Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG nicht mehr erforderlich. Diese Bestimmungen sehen vielmehr die wirtschaftliche Betrachtungsweise vor. Damit liesse sich die Praxis unter dem Trust-Kreisschreiben weiterführen und zugleich auf eine solide gesetzliche Basis stellen, was u.E. auch geboten wäre.

4.2 Irrevocable Fixed Interest Trust (Art. 10a Abs. 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 nStHG)

Art. 10a Abs. 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 nStHG verankern im Wesentlichen die (grundsätzlich bewährte) Praxis zur Besteuerung von Irrevocable Fixed Interest Trusts. Die anteilmässige Zurechnung an die Beneficiaries ist sachgerecht und lässt sich mit nutzniessungsrechtlichen Überlegungen begründen.

Entscheidend ist auch hier die Abgrenzung des Irrevocable Fixed Interest Trust zum Irrevocable Discretionary Trust. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob die Beneficiaries über "Ansprüche" (und nicht bloss über Anwartschaften) verfügen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG müssen sich diese Ansprüche auf das Trustvermögen richten. Eine wortgetreue Umsetzung von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG würde den Anwendungsbereich des Irrevocable Fixed Interest Trust (zugunsten des Irrevocable Discretionary Trust) gegenüber der geltenden Verwaltungspraxis einschränken, denn gemäss Trust-Kreisschreiben genügen Ansprüche auf die *Einkünfte* des Trusts (vgl. Ziff. 3.7.2 Trust-Kreisschreiben).

Im Lichte der Ausführungen im Erläuternden Bericht vom 12. Januar 2022 zur Trust-Vorlage (nachfolgend "**Erläuternder Bericht**") scheint dies wohl ein gesetzgeberisches Versehen zu sein. Dieser geht in Übereinstimmung mit dem Trust-Kreisschreiben nämlich davon aus, dass ein Fixed Interest Trust vorliegt, wenn der Trustee «keine Ermessensfreiheit bei der Zuteilung des Einkommens aus dem Trustvermögen und/oder Vermögenswerte des Trusts» besitzt (S. 115). Dies deutet darauf hin, dass auch nach Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG Ansprüche auf das Trusteinkommen für eine Qualifikation als Irrevocable Fixed Interest Trust genügen sollen. Wenn dies der gesetzgeberische Wille ist, sollte dies auch im Wortlaut von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG reflektiert werden. Im Übrigen würde der jetzige Vorschlag in Konflikt mit Art. 13 Abs. 2 StHG stehen, wonach Nutzniessungsvermögen steuerlich dem Nutzniesser (der ja nur am Ertrag und nicht auch an der Substanz berechtigt ist) zuzurechnen ist.

4.3 Irrevocable Discretionary Trust (Art. 10a Abs. 3 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 nStHG)

Ein vollständiger Bruch mit den Besteuerungsregeln gemäss Trust-Kreisschreiben erfährt dagegen der Irrevocable Discretionary Trust, welcher gemäss Art. 10a Abs. 3 Satz 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 1 nStHG neu wie eine Stiftung besteuert werden soll. Dies gilt nicht bloss für durch einen inländischen Settlor errichtete Trusts, sondern (ab Inkrafttreten von Art. 10a Abs. 3 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 nStHG) auch für durch einen im Ausland ansässigen Settlor errichtete Trusts. Wenngleich dieser Vorschlag aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, führt er zu einer Beeinträchtigung der Standortattraktivität der Schweiz als Zuzugsstaat, weshalb davon abzusehen ist (vgl. oben Ziff. 2).

Wenn der Gesetzgeber aber an der Gleichbehandlung des Trusts mit der Stiftung festhalten sollte, müsste sich die Gleichbehandlung auch auf die subjektive Steuerpflicht (Aussensteuerrecht) erstrecken. Eine Stiftung ist gemäss Art. 50 DBG sowie Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StHG in der Schweiz nämlich nur dann unbeschränkt steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung in der Schweiz befindet.

Art. 10a Abs. 3 Satz 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 2 nStHG stellen demgegenüber nicht auf den Sitz oder den Ort der tatsächlichen Verwaltung, sondern primär darauf ab, dass mindestens ein Beneficiary in der Schweiz aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig ist. Dies stellt einen Bruch mit dem System von Art. 50 DBG sowie Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StHG dar, welcher steuersystematisch nicht zu begründen ist. Hinzu kommt, dass der Trust dadurch im Vergleich zur Familienstiftung an steuerlicher Attraktivität verliert, was im Widerspruch zum Grundsatz der rechtsformneutralen Besteuerung steht.

Heikel erscheint auch die subsidiäre Regel von Art. 10 Abs. 4 nDBG bzw. Art. 6a Abs. 4 nStHG. Gemäss dieser Bestimmung wird das Trustvermögen dem Settlor zugerechnet, wenn das Besteuerungsrecht der Schweiz nach Art. 10a Abs. 3 Satz 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 2 nStHG durch ein anwendbares Doppelbesteuerungsabkommen verdrängt wird. Auch wenn diese Bestimmung u.E. mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen grundsätzlich kompatibel ist, ist sie im Lichte der internationalen Courtoisie nicht ganz unproblematisch. Die Schweiz hat bisher vor solchen Regelungen, mit denen letzt-

lich der Sinn und Zweck der Verteilungsnormen der Doppelbesteuerungsabkommen ad absurdum geführt werden, zu Recht Abstand genommen. Von dieser Haltung sollte auch mit Bezug auf den Trust nicht abgewichen werden.

Die Regelung von Art. 10a Abs. 3 nDBG bzw. Art. 6a Abs. 3 nStHG orientiert sich offensichtlich am Private Trust. Vom Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 3 nDBG sind aber sämtliche Arten von Trusts, d.h. auch Commercial Trusts sowie Charitable Trusts umfasst. Es wäre klarerweise verfehlt, wenn z.B. ein US Charitable Trust in der Schweiz anteilig für sein Einkommen und Vermögen steuerpflichtig wird, nur weil er eine Ausschüttung an einen Beneficiary mit Wohnsitz/Sitz in der Schweiz tätigt. Dies würde dazu führen, dass von Ausschüttungen an Schweizer Empfänger bewusst abgesehen wird, was nicht zuletzt den Forschungsstandort Schweiz benachteiligen würde.

4.4 Besteuerung von Zuwendungen aus Trusts und Stiftungen (Art. 24 lit. a nDBG sowie Art. 7 Abs. 4 lit. c nStHG)

Für die Abgrenzung von steuerbarem Einkommen und einkommenssteuerfreier Erbschaft bzw. Schenkung ist gemäss Art. 24 lit. a nDBG sowie Art. 7 Abs. 4 lit. c nStHG auf den Zuwendungswillen derjenigen Person abzustellen, welcher die zugewendeten Vermögenswerte vorher steuerlich zugerechnet wurden. Dies wird nicht nur für den Trust, sondern (neu) auch für die Stiftung so festgehalten.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Ausschüttungen aus einem Revocable Trust (nicht aber eines Irrevocable Trusts sowie einer Stiftung) eine einkommenssteuerfreie Zuwendung darstellen können. Dies ist grundsätzlich sachgerecht.

Die Erfassung von Leistungen eines Irrevocable Discretionary Trusts bzw. einer Stiftung mit der Einkommenssteuer beim Beneficiary ist im Grundsatz richtig, sollte aber nicht die Ausschüttung von eingelegter Substanz umfassen. Wird eingelegte Substanz ausgeschüttet, wäre es sachgerechter, auf eine mittelbare Zuwendung des Settlors resp. des Stifters zu schliessen. Eine mittelbare Schenkung deswegen, weil der Begründer die Einlage in den Trust gewissermassen mit der «Auflage» macht, diese zweckkonform zu verwenden bzw. den Beneficiaries weiterzuleiten und die Einlage ja bereits bei der Errichtung als Schenkung oder erbrechtliche Zuwendung behandelt wurde. Dies stellt eine Verschärfung gemäss der

geltenden Praxis dar. Gemäss Ziff. 5.2.3 Trust-Kreisschreiben wird die einkommenssteuerfreie Ausschüttung von eingelegter Substanz beim Irrevocable Discretionary Trust zugelassen.

Auf die Neuregelung ist u.E. zu verzichten, da sie – wie aufgezeigt – zu einer Überbesteuerung führt: Schenkungssteuer oder Erbschaftssteuer bei der Einlage (in der Regel zum Maximumsatz) und Einkommenssteuer bei der Ausschüttung. Hinzu kommt, dass der Bundesgesetzgeber in fragwürdiger Weise in die kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuerkompetenz eingreift. Es ist nicht nachvollziehbar (und lässt sich auch dem Erläuternden Bericht nicht schlüssig entnehmen), weshalb die bisherige Praxis, welche zu einem sachgerechten Ergebnis führt, nicht in Art. 24 lit. a nDBG aufgenommen wurde. Dasselbe sollte übrigens richtigerweise auch bei (Familien-)Stiftungen gelten.

4.5 Solidarhaftung (Art. 55 nDBG)

Art. 55 nDBG (nicht aber das StHG) sieht eine der Höhe nach nicht beschränkte solidarische Haftung eines in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Settlors bzw. Begünstigten vor. Dies erscheint unbillig und verfassungsrechtlich problematisch. Sachgerechter wäre es, die Haftung der Beneficiaries auf die Höhe ihrer Zuwendungen z.B. in der betreffenden Steuerperiode zu beschränken und jene des Settlors gänzlich auszuschliessen. Mit dem Widmungsakt hat sich der Settlor beim Irrevocable Discretionary Trust ja endgültig seines Vermögens begeben.

4.6 Übergangsrecht (Art. 205g und 207g nDBG sowie Art. 78h StHG)

Art. 205g und 207g nDBG sowie Art. 78h StHG sehen ein Grandfathering des "bisherigen Rechts" für vorbestehende Trusts vor. Dies ist im Lichte der Rechtssicherheit zu begrüessen. Gemäss Erläuterndem Bericht soll mit "bisherigem Recht" die "geltende Praxis gemäss Kreisschreiben" gemeint sein. Dies sollte auch im Gesetzeswortlaut klargestellt werden.

Das Grandfathering von Art. 205g nDBG und Art. 207c nDBG ist dagegen gemäss Art. 205g Satz 2 nDBG nicht anwendbar auf Trusts, denen der Settlor nach der Errichtung «Sachen, Forderungen oder andere Vermögenswerte zuwidmet». Hier mag sich die Frage stellen, ob bereits die Zuwidmung von CHF 1 zu einem Regimewechsel führen soll.

4.7 Rückerstattung der Verrechnungssteuer (Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG)

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG soll eine in der Schweiz ansässige Person zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Erträgen aus Trustvermögen berechtigt sein, wenn ihm diese nach Artikel 10a oder 67a DBG zugerechnet werden. Die Bestimmung ist insofern bemerkenswert, als dass hier auf die Zurechnung nach dem Recht der direkten Steuern und nicht auf die Zurechnung aus Sicht der Rückerstattung der Verrechnungssteuer Bezug genommen wird. Dies bereitet insbesondere bei direktsteuerlich transparent behandelten Underlying Companies Schwierigkeiten, da diese gemäss bisheriger Verwaltungspraxis sowie bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGer, 4.2.2020, 2C_344/2018, E. 3.4.2) für die Zwecke der Rückerstattung der Verrechnungssteuer als intransparent behandelt wurden.

Im Ergebnis würde Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG dazu führen, dass mit Bezug auf von Underlying Companies gehaltene Vermögenswerte unterschiedliche Regeln der Zurechnung für die Rückerstattung nach VStG bzw. nach einem Doppelbesteuerungsabkommen gelten. Dies ist nicht sachgerecht.

Wir hoffen, Ihnen mit unseren Ausführungen zu dienen und stehen für die Beantwortung von Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse



Daniel Gentsch
Präsident Fachbereich Steuern



Stefan Oesterhelt
Mitglied Kommission Steuern

**KONFERENZ DER KANTONALEN
FINANZDIREKTORINNEN
UND FINANZDIREKTOREN**

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 18 März 2022

**Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts).
Vernehmlassungsstellungnahme**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022, mit dem Sie uns über die Eröffnung einer Vernehmlassung über die Einführung des Trusts informiert haben. Der Vorentwurf enthält neben einer Änderung des Obligationenrechts auch Vorschläge zur Änderung von DBG, StHG und VStG. Der Vorstand der Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (FDK) hat sich an seiner Sitzung vom 18. März 2022 mit dieser Vorlage befasst und nimmt wie folgt Stellung:

Eine Mehrheit des FDK-Vorstands **lehnt die Vorlage ab** und beantragt, **auf eine Regulierung zu verzichten**.

Begründung

1. Grundsätzliche Bedenken zur Einführung des Trusts als neues Institut des Schweizer Zivilrechts

- 1 Der Vorentwurf sieht vor, den Trust als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht einzuführen. Der Trust wird definiert als Zuwidmung von Vermögenswerten durch den Begründer (*Settlor*) zu einem Sondervermögen, das vom Trustee im Interesse der Begünstigten gehalten und verwaltet wird (Art. 529a E-OR). Begründet wird die Einführung des Schweizer Trusts damit, dass im Bereich der Vermögensstrukturierung und der Nachlassplanung der Finanzindustrie und ihrer Klientschaft für Geschäftstätigkeiten und den Erhalt von Privatvermögen ein inländisches Vehikel zur Verfügung gestellt werden soll. Heute würden die entsprechenden Marktbedürfnisse mit teilweise komplexen ausländischen Strukturen befriedigt. Damit werde die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzsektors erhöht (Erläuternder Bericht, Ziffer 1.2.3).

- 2 Der Trust ist dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht fremd. Er wird gemäss den Erfahrungen der Steuerverwaltungen fast ausschliesslich von Personen mit Verbindungen zu *Common Law*-Staaten verwendet. Auch sind die Errichtung und die Verwaltung einer Trust-Struktur mit hohen Kosten verbunden. Trusts werden deshalb üblicherweise nur von vermögenden Privatpersonen errichtet. Es ist zu erwarten, dass auch der Trust nach schweizerischem Recht eher selten zum Einsatz kommen würde. In Betracht käme er hauptsächlich für vermögende Privatpersonen mit Bezug zu *Common Law*-Staaten, allerdings würde er hier in Konkurrenz zu den Trusts der Herkunftsstaaten dieser Personen stehen.
- 3 Diesem begrenzten Nutzen stehen Reputations- und finanzielle Risiken für die Schweiz gegenüber. So können Trusts ein Mittel zur Verdunkelung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse sein und zum Zweck der Geldwäscherei, der Steuerhinterziehung und der Verletzung von Pflichtteilsrechten missbraucht werden.
- 4 Mit Blick auf den begrenzten Nutzen und die aufgezeigten Risiken stellen wir die Einführung des Trusts ins Schweizer Recht ganz grundsätzlich in Frage.

2. Keine Notwendigkeit einer steuergesetzlichen Regelung des Trusts

- 5 Gemäss dem Vorentwurf soll die steuerliche Behandlung von Trusts künftig in den Steuergesetzen (DBG, StHG und VStG) explizit geregelt werden. Begründet wird dies damit, dass die geltende Praxis von der Lehre teilweise als verfassungswidrig kritisiert werde und es ungewiss sei, ob das Bundesgericht sie im Streitfall bestätigen würde. In Bezug auf den *Irrevocable Discretionary Trust* enthalte das die heutige Praxis regelnde Kreisschreiben zudem keine abschliessende Regelung. Diese Regelung sei für in der Schweiz ansässige Personen unattraktiv, da ihnen die eingebrachten Vermögenswerte weiterhin zugerechnet würden. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trusts auch im Steuerrecht gesetzlich zu regeln (Erläuternder Bericht, Ziffer 5.1.4.1).
- 6 Die heutige Praxis stützt sich auf das Kreisschreiben 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007. Sie hat sich bewährt und es sind keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, welche die heutige Praxis grundlegend in Frage stellen würden. Die heutige Praxis findet auch breite Akzeptanz bei Steuerbehörden, Steuerberatern und Steuerpflichtigen. Wie im erläuternden Bericht festgehalten (Ziffer 5.1.4.1) haben sich auch die Branchenvertreter der Expertengruppe des Bundesamtes für Justiz für die Beibehaltung der geltenden Praxis ausgesprochen. Dank der weitgehenden Zurechnung von Trustvermögen und Trusterträgen an den Begründer oder die Begünstigten werden einerseits Steuerlücken und andererseits hohe Erbschafts- oder Schenkungssteuern bei der Einbringung von Vermögenswerten in den Trust vermieden. Auch ist die heutige Praxis konform mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) und trägt zur Standortattraktivität der Schweiz bei (Erläuternder Bericht, Ziffer 2.8).
- 7 Mit Blick auf diese gewichtigen Vorteile der heutigen Praxis sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet werden. Wie im erläuternden Bericht (Ziffer 5.1.4.4) und nachfolgend aufgezeigt wird, haben sämtliche gesetzlichen Regelungsvarianten Schwächen, die mindestens so schwer wiegen wie die an der heutigen Praxis geübte Kritik. Sollte die Rechtsprechung die geltende Praxis künftig als nicht verfassungs- oder gesetzmässig beurteilen, könnte dannzumal eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in die Steuergesetze aufgenommen werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

**KONFERENZ DER KANTONALEN
FINANZDIREKTORINNEN UND FINANZDIREKTOREN**

Der Präsident:

i.v. 
Regierungsrat Ernst Stocker

Der Generalsekretär:

i.v. 
Dr. Peter Mischler

Kopie (Mail)

- Bundesrat Ueli Maurer, Vorsteher EFD
- Mitglieder FDK
- Mitglieder Schweizerische Steuerkonferenz (SSK)
- Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)
- zz@bj.admin.ch

CONFERENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS CANTONAUX DES FINANCES

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du DFJP
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Berne, le 18 mars 2022

Introduction du trust (Modification du code des obligations). Prise de position sur le projet mis en consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de votre courrier du 12 janvier 2022 nous informant de l'ouverture de la procédure de consultation concernant l'introduction du trust. L'avant-projet contient une modification du code des obligations ainsi que des propositions de modification de la LIFD, de la LHID et de la LIA. Lors de sa séance du 18 mars 2022, le Comité de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF) s'est penché sur ce projet et prend position comme suit:

Une majorité du Comité de la CDF **s'oppose au projet** et propose de **renoncer à l'adoption d'une régulation**.

Développement:

1. Doutes de fond sur l'introduction du trust en tant que nouvelle institution juridique du droit civil suisse

- 1 L'avant-projet prévoit d'introduire le trust en tant que nouvelle institution juridique dans le droit suisse. Le trust est défini comme l'affectation de biens par le constituant (*settlor*) à un patrimoine séparé détenu et géré par le trustee dans l'intérêt des bénéficiaires (art. 529a P-CO). L'introduction du trust suisse est motivée par le but de mettre un véhicule suisse à la disposition de l'industrie financière et de sa clientèle pour des activités commerciales et la préservation de la fortune privée dans le domaine de la structuration du patrimoine et de la planification successorale. Aujourd'hui, les besoins correspondants du marché seraient satisfaits par des structures étrangères parfois complexes. L'attrait et la compétitivité du secteur financier suisse s'en trouveraient accrus (rapport explicatif, ch. 1.2.3).

- 2 Le trust est étranger au droit civil européen continental. Selon l'expérience des administrations fiscales, il est presque exclusivement utilisé par des personnes ayant des liens avec des pays de *common law*. En plus, la constitution et la gestion d'une structure de trust engendrent des coûts élevés. C'est pourquoi les trusts ne sont généralement constitués par des particuliers fortunés. On peut ainsi s'attendre à ce que le trust selon le droit suisse ne soit que rarement utilisé. Principalement, il entre en ligne de compte pour les particuliers fortunés ayant des liens avec les pays de *common law*, mais il serait en concurrence avec les trusts des pays d'origine de ces personnes.
- 3 Ces avantages limités sont contrebalancés par des risques pour la réputation et les finances de la Suisse. Ainsi, les trusts peuvent être un moyen pour dissimuler les rapports de propriété réels et être utilisés à des fins de blanchiment d'argent, de soustraction d'impôt et de violation de droits de réserve successoraux.
- 4 Compte tenu de l'utilité limitée et des risques qu'il implique, nous remettons fondamentalement en question l'introduction du trust dans le droit suisse.

2. Pas de nécessité d'une réglementation fiscale du trust

- 5 Selon l'avant-projet, le traitement fiscal des trusts sera désormais réglé explicitement dans les lois fiscales (LIFD, LHID et LIA). Cette décision est motivée par le fait que la pratique actuelle est critiquée par une partie de la doctrine qui la juge non conforme à la constitution et qu'il n'est pas certain que le Tribunal fédéral la confirme en cas de litige. De plus, en ce qui concerne l'*Irrevocable Discretionary Trust*, la circulaire qui régit la pratique actuelle ne contient pas de réglementation exhaustive. Cette réglementation n'est pas attrayante pour les personnes résidant en Suisse, car les valeurs patrimoniales apportées continueraient à leur être imputées. L'introduction du trust dans le droit civil suisse accroîtrait la nécessité de réglementer les trusts également dans le droit fiscal (rapport explicatif, ch. 5.1.4.1).
- 6 La pratique actuelle se base sur la circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence suisse des impôts. Elle a fait ses preuves et il n'y a pas eu de litiges qui remettraient fondamentalement en question la pratique actuelle. La pratique actuelle est largement acceptée par les autorités fiscales, les conseillers fiscaux et les contribuables. Comme indiqué dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.1), les représentants des branches du groupe d'experts de l'Office fédéral de la justice se sont également prononcés en faveur du maintien de la pratique en vigueur. En imputant largement le patrimoine du trust et les revenus du trust au constituant ou aux bénéficiaires, on évite, d'une part, des lacunes fiscales et, d'autre part, des impôts élevés sur les successions ou les donations lors de l'apport de valeurs patrimoniales au trust. La pratique actuelle est également conforme aux conventions contre les doubles impositions (CDI) conclues par la Suisse et contribue à l'attrait de la place économique suisse (rapport explicatif, ch. 2.8).
- 7 Compte tenu des avantages importants de la pratique actuelle, il convient de renoncer à une réglementation légale expresse. Comme indiqué dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.4) et ci-après, toutes les variantes de réglementation légale présentent des faiblesses qui pèsent au moins aussi lourd que les critiques formulées à l'encontre de la pratique actuelle. Si la jurisprudence devait à l'avenir considérer que la pratique actuelle n'est pas conforme à la Constitution ou à la loi, une réglementation légale expresse pourrait alors être introduite dans les lois fiscales.


En vous remerciant de nous avoir donné la possibilité de prendre position, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre considération distinguée.

**CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DES DIRECTEURS
CANTONAUX DES FINANCES**

Le président :


Ernst Stocker, Conseiller d'État

Le secrétaire général :


Peter Mischler

En copie (par email)

- Ueli Maurer, Conseiller fédéral et chef du DFF
- Membres de la CDF
- Membres de la Conférence suisse des impôt (CSI)
- Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et de police (CCDJP)
- zz@bj.admin.ch



Fédération des
Entreprises
Romandes

FER Genève - FPE Bulle - UPCF Fribourg
FER Arcju - FER Neuchâtel - FER Valais

zz@bj.admin.ch

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale

Département fédéral de justice et
police

Genève, le 4 mai 2022
TR - No FER 22-2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés et vous prions de trouver ci-après notre prise de position, qui s'inscrit dans la nécessité de renforcer les conditions cadres économiques et fiscales permettant de développer l'activité économique.

1. Généralités

Le projet mis en consultation vise à créer des bases légales permettant l'introduction de l'institution du trust en droit suisse.

Le but initialement poursuivi vise en particulier à développer de nouvelles opportunités d'affaires pour les milieux économiques concernés par cet instrument de gestion de patrimoine, spécifiquement dans le domaine de l'industrie financière.

Ce projet s'articule essentiellement autour de modifications du Code des obligations, d'une part, et de la législation en matière d'impôt direct, soit la LIFD à l'échelon national et la LHID pour l'échelon cantonal, d'autre part.

Alors même que l'instauration du trust dans l'ordre juridique suisse est un objectif que notre Fédération soutient sur le principe, les dispositions de droit fiscal contenues dans le projet nous semblent problématiques, respectivement contraires au but recherché, dans la mesure où elles sont de nature à affaiblir les conditions cadres fiscales de la Suisse.

2. Aspects fiscaux spécifiques

Alors que le régime fiscal actuel des trusts, en particulier des *settlers* (constituants) et bénéficiaires de trusts, est fondé sur une pratique dont la portée fait l'objet de circulaires¹, le projet mis en consultation objective et étend ce traitement fiscal par l'introduction de bases légales spécifiques.

Ces dispositions légales appellent des commentaires s'agissant de leur compatibilité constitutionnelle, des nouveaux cas d'imposition qu'elles introduiraient ainsi que de la responsabilité solidaire du paiement des impôts en découlant.

¹ Cf. Circulaire CSI n° 30 du 21 août 2007, reprise par la Circulaire AFC n°20 du 27 mars 2008 intitulée "Imposition des trusts"

2.1 Aspects constitutionnels

Le projet distingue les trois catégories de trust déjà identifiés et traités par la pratique fiscale administrative, soit les trusts révocables, d'une part, et les trusts irrévocables, dont les *fixed interest trusts* et les trusts discrétionnaires, d'autre part.

Sans entrer dans le détail des deux premières catégories, nous relevons que le traitement fiscal envisagé des trusts irrévocables et discrétionnaires est critiquable à plusieurs titres.

Sous l'empire de la pratique administrative actuelle, lorsque le dessaisissement du constituant est reconnu, ces trusts, respectivement leur patrimoine, ne sont pas soumis à imposition avant que des distributions ne soient effectuées. Ces distributions sont imposables dans le chef des bénéficiaires résidents en Suisse, sous réserve qu'elles ne comprennent a) des gains en capital et b) une restitution du capital initial du trust, ces deux dernières composantes des distributions n'étant pas soumises à l'impôt sur le revenu, en application des principes généraux du système fiscal suisse (exonération des gains en capital provenant du patrimoine privé et redistribution de fortune).

Le projet prévoit d'ériger, sous certaines conditions, cette catégorie de trusts en sujet de droit fiscal, sous la forme "assimilée" d'une fondation.

Sur le plan juridique, et quand bien même les lois fiscales fédérales ne sont pas soumises à la conformité constitutionnelle, nous relevons que l'érection du trust en sujet fiscal pourrait se heurter aux dispositions de l'article 128 al. 1 Cst, le trust n'étant pas doté de la personnalité juridique, d'une part, et son patrimoine étant dissocié de celui de toute personne physique, d'autre part.

2.2 Multiples impositions économiques

En assimilant le trust irrévocable discrétionnaire à une fondation et en l'érigeant en sujet fiscal, le projet introduit un nouvel échelon d'imposition, puisque l'impôt prélevé dans le chef du trust s'ajoute et n'enlève rien à l'imposition des bénéficiaires, résidents en Suisse, sur les distributions effectuées par ledit trust.

Ce nouvel échelon d'imposition s'inscrit ainsi clairement à l'encontre des conditions cadres fiscales et de l'objectif initial de la réforme.

Par ailleurs, le projet prévoit une disposition transitoire selon laquelle les trusts irrévocables discrétionnaires constitués avant l'entrée en vigueur de la réforme ne sont pas soumis au nouveau droit.

Cela implique que l'inégalité de traitement que le projet prétend résoudre perdurera en faveur des "anciens trusts", en particulier ceux constitués par des constituants domiciliés à l'étranger.

Par ailleurs, l'assujettissement fiscal des trusts irrévocables et discrétionnaires prévu par le projet est justifié comme permettant de respecter l'imposition selon la capacité contributive des constituants. Or, le dessaisissement des constituants étant constaté, il est difficile d'admettre que leur capacité contributive reste inchangée après leurs contributions au trust.

Le traitement fiscal porté par le projet, qui ne supprime pas toutes les inégalités de traitement et implique de surcroît une augmentation effective des prélèvements fiscaux, ne nous semble ainsi pas justifié. Il s'inscrit par ailleurs en opposition à l'attractivité fiscale de la Suisse pour les personnes résidant à l'étranger et qui souhaiteraient s'y installer.

2.3 Responsabilité solidaire

Le projet introduit un nouvel article à la LIFD prévoyant que *"les bénéficiaires et les constituants assujettis de manière illimitée en Suisse sont solidairement responsables des impôts d'un trust (...)"*

Cet article introduit ainsi une responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants, pour le cas où le trust irrévocable et discrétionnaire, imposé comme une fondation, ne s'acquitterait pas de ses obligations fiscales.

Nous relevons que, outre les difficultés pratiques inhérentes à une telle mesure, l'introduction d'une responsabilité fiscale solidaire au détriment des bénéficiaires ou du constituant domiciliés en Suisse s'inscrit en contradiction de l'institution du trust, par définition s'agissant d'un trust irrévocable et discrétionnaire dont le constituant s'est précisément dessaisi, irrévocablement, du patrimoine qu'il lui aura attribué.

Il en résulterait ainsi qu'un contribuable ayant constitué un trust puisse être redevable du paiement des impôts d'un trust, alors même qu'il ne dispose plus du patrimoine ayant généré, dans le chef du trust, cette imposition.

De manière synthétique, des problématiques similaires pourraient concerner des "bénéficiaires désignés" de trust.

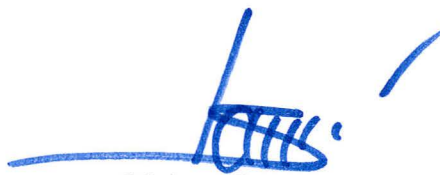
Enfin, bien que le système de perception des impôts ne soit pas formellement harmonisé en Suisse, il doit être envisagé que, par application du principe d'harmonisation verticale, les cantons s'inspirent et reprennent dans leur législation cantonale des dispositions similaires, bien qu'elles n'entrent pas dans le champ de la LHID, de sorte que la portée de cette problématique s'étendra à l'impôt fédéral direct comme aux impôts cantonaux et communaux.

En conclusion, sans aller plus avant dans les détails techniques des diverses implications fiscales du projet, nous constatons que celui-ci, s'il doit être soutenu dans son objectif premier consistant à favoriser l'industrie des services financiers de la place économique suisse, ne saurait être approuvé dans sa forme actuelle, respectivement dans les contraintes fiscales qu'il introduirait s'il était poursuivi en l'état.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre haute considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Stéphane Tanner
Membre du Conseil de direction
FER Genève

La Fédération des Entreprises Romandes en bref

Fondée le 30 juillet 1947 à Morat, son siège est à Genève. Elle réunit six associations patronales interprofessionnelles cantonales (GE, FR, NE, JU, VS), représentant la quasi-totalité des cantons romands. La FER comprend plus de 45'000 membres.

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Via e-Mail an: zz@bj.admin.ch

Opfikon-Glattbrugg, 15. April 2022

Stellungnahme von FINDLING GREY AG
zur Vernehmlassung
Einführung des Trusts im Schweizer Obligationenrecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

FINDLING GREY AG ist ein Unternehmen, das insbesondere in den Bereichen Rechts- und Compliance-Beratung für Finanzdienstleister tätig ist. Als Geschäftsführer der Gesellschaft nehme ich gerne die Möglichkeit wahr, mich zur Vernehmlassung des Bundesrats zur Einführung eines Schweizer Trusts im Obligationenrecht zu äussern.

Grundsätzliches: Die Initiative des Bundesrats, zukünftig Trusts als neues Rechtsgefäss im Schweizer Obligationenrecht zu erfassen ist zu begrüssen. Weltweit werden in Trusts grösste Vermögenswerte eingebracht und verwaltet. Für einen bedeutenden Finanzplatz wie die Schweiz ist es daher folgerichtig, sich mit der Einführung von Trusts in die Schweizer Rechtsordnung zu befassen und sich nicht lediglich damit zu begnügen, ausländische Trusts im Sinne des HTÜ anzuerkennen. Aufgrund der Starrheit des Stiftungsrechts haben Schweizer Stiftungen zudem nicht ansatzweise dasselbe Potenzial wie Trusts, grosse internationale Vermögenswerte anzuziehen und zu binden. Kommt hinzu, dass bereits in der Vergangenheit von regulatorischer Seite bzw. von den Stiftungsaufsichtsbehörden immer wieder darauf hingewiesen wurde, dass (ähnlich zu einer Zer-Siedelung der Schweiz) auch die „Zer-Stiftung“ der Schweiz mit vielen kleineren Stiftungen weder wünschenswert noch (aus Kostengründen) ökonomisch sinnvoll sei.

Die Frage, die sich vorliegend stellt, ist damit nicht, ob die Schweiz mit ihrem Trust-Vorstoss das Richtige tut (sie tut es!), sondern vielmehr, ob die Vernehmlassung hierbei die

Prioritäten und Akzente richtig und vor allem mutig und innovativ genug setzt bzw. so, dass sich ein Schweizer Trust mit der Zeit international mit einem eigenen und klaren schweizerischen Profil zu etablieren vermag, ohne dass dadurch die Prinzipien eines sauberen Finanzplatzes aufgeweicht werden. Ein Schweizer Trust soll also im Wettbewerb mit den im Ausland in zahlreichen Farben und Formen (manchmal müsste man hier wohl schon fast von Auswüchsen sprechen) existierenden Trusts bestehen können. Die Stossrichtung hierfür ist in diesem Entwurf zwar spürbar, dennoch scheint er mir an einigen Stellen eher halbherzig und zögerlich zu sein und es entsteht doch etwas der Gesamteindruck, dass der Gesetzgeber in diesem Entwurf lieber auf eine Trust-Regulierung setzt, die sich brav am internationalen Durchschnitt orientiert und hier unscheinbar einbettet, anstatt ausländische Jurisdiktionen herauszufordern.

Im Einzelnen: Mit Verweis auf diese grundsätzlichen Gedanken möchte ich mich zur Vernehmlassungsvorlage im Einzelnen wie folgt äussern:

I. Der Fokus der Vernehmlassung scheint v.a. auch darauf gerichtet zu sein, die schweizerische Stiftungsbranche zu schonen bzw. möglichst nicht allzu stark zu stören. Dies verhindert jedoch die Ausbildung eines attraktiven Profils von Schweizern Trusts und ist daher abzulehnen. Insbesondere „Purpose Trust“ müssen zulässig sein.

Schweizer Trusts sollen gemäss der Vernehmlassung nur dann gültig sein, wenn Begünstigte oder der Kreis der Begünstigten klar feststellbar ist. Sogenannte Zweck-Trusts (Purpose Trust) sollen gemäss dem Entwurf jedoch nicht zulässig sein. Trusts, die keine Begünstigte bzw. keine Begünstigten-Kreise haben, sondern (wie Stiftungen) einen Zweck verfolgen möchten, sollen in der Schweiz also nicht errichtet werden dürfen. Die wirtschaftliche und rechtliche Logik für ein solches Verbot von „Purpose Trusts“ erschliesst sich mir aus dem Vernehmlassungstext jedoch nicht. Vielmehr erscheint es ziemlich offensichtlich, dass diese Verbotsbestimmung einzig dazu geschaffen wurde, um der schweizerischen Stiftungsindustrie nicht allzu stark auf die Füsse zu treten bzw. in die Quere zu kommen. Ich halte diesen Ansatz für falsch und kontraproduktiv. Falls Schweizer Trusts dereinst wirklich mit einem derartigen Klumpfuss geboren und im OR erfasst werden, hätten sie von Beginn weg einen massiven Nachteil im Wettbewerb zu den zahlreichen ausländischen Trusts, wo „Purpose Trusts“ zulässig sind und rege benutzt werden. Wenn man also, nur um schweizerische Stiftungen zu schonen, einen Schweizer Trust schaffen will, dem es versagt bleiben soll, für einen Zweck (Purpose) errichtet zu werden, dann nimmt man ihm einen Grossteil seiner Identität, Legitimität und v.a. internationalen Attraktivität. Ich denke es wird kaum bestritten, dass unter „Purpose Trusts“ weltweit grösste Vermögenswerte angehäuft und verwaltet werden, dies umso mehr, als viele Errichter (Settlors) von Trusts ihr Vermögen und Kapital ganz im Sinne von Nachhaltigkeit bzw. Sustainability einem langfristigen Zweck widmen wollen und nicht lediglich einzelnen Personen oder Personenkreisen.

Hier sei sodann auch der Gedanke erlaubt, dass zukünftig immer mehr „Settlors“ auch Tiere (insbesondere Haustiere) oder ihnen persönlich wichtige Anliegen/Projekte (bspw. karitativer Art oder von gemeinnützigen Organisationen) unterstützen möchten, wofür „Purpose Trust“ absolut notwendig sind. Aber auch die Errichtung von im Ausland beliebten „Commercial Trusts“ würde durch ein Verbot von „Purpose Trust“ unnötigerweise verhindert bzw. zumindest erschwert.

In der Vernehmlassung (Ziffer 5.1.1.2; Seite 61) wird zwar erwähnt, dass als Begünstigte eines Trusts Personen bestimmt werden können, die ihrerseits einen Zweck verfolgen, womit also auch der Schweizer Trust „indirekt“ einem Zweck dienen könne. Dieser „Umweg“ wäre aber für viele Settlors nicht nur kompliziert und umständlich (und dementsprechend schädlich für den Schweizer Trust), sondern er würde wohl auch Umgehungsversuche fördern, indem bspw. einfach Strohfirmer oder Strohmänner eingesetzt würden, um letztendlich doch einen bestimmten Zweck verfolgen zu können. Viel einfacher wäre es daher, dem Settlor eine weitgehende Freiheit darüber zu belassen, ob das Trustvermögen Personen bzw. Personenkreisen oder eben einem Zweck gewidmet werden soll. Ein zukünftiges schweizerisches Trustrecht darf nicht vom versteckten Regelungsziel geprägt sein, die schweizerischen Stiftungen möglichst zu schonen bzw. ein friktionsloses Nebeneinander von Stiftungen und Trusts zu ermöglichen. Ob Schweizer Trusts sich im Markt und im Wettbewerb mit den Schweizer Stiftungen zu halten und zu bewähren vermögen (und vice versa) muss und wird sich letztendlich im praktischen Alltag zeigen.

II. Der Vorschlag, den Schweizer Trust auf 100 Jahre zu beschränken ist unnötig. Längere Laufzeiten (wie z.B. 150 Jahre) wären deutlich attraktiver und gäben dem Trust mehr Flexibilität. Um den möglichen Missbrauch von Trusts (insbesondere für die Geldwäsche) zumindest etwas zu erschweren, wird sodann vorgeschlagen, für „revocable Trust“ eine Mindestlaufzeit von bspw. 5 Jahren vorzusehen innerhalb deren ein Widerruf nicht möglich wäre.

Schweizer Trusts sollen gemäss der Vernehmlassung nur für maximal 100 Jahre zulässig sein. Auch wenn sich diese Regelung an ausländischem Trustrecht orientiert, so tut sie dies eher zurückhaltend und unter Verkennung der Tatsache, dass ein Trust mit längerer Laufzeit natürlich klar attraktiver (weil flexibler) ist als ein Trust mit kürzerer Laufzeit. 100 Jahre sind zudem insbesondere dann nicht besonders lang, wenn man (wie dies hier unterstützt wird) auch Zwecktrusts (Purpose Trusts) zulassen will, die ja in aller Regel langfristig und auf Nachhaltigkeit ausgerichtet sind. Weshalb der Entwurf hier so zögerlich daherkommt, ist aber auch deshalb nicht einsehbar, als an verschiedenen Textstellen erwähnt wird, dass im Ausland zum Teil deutlich längere Laufzeiten möglich seien (z.B. 150 Jahre auf den Kaimaninseln für gewöhnliche Trust und sogar gar keine zeitliche Begrenzung für einige Special Trusts). Dass, wie dies auch in der Vernehmlassung (Seite 53) erwähnt wird, die Kaimaninseln zu den wichtigsten Finanzplätzen der Welt gehören, dürfte auch am Trustrecht auf dieser Inselgruppe liegen. Auch die Schweiz sollte hier also etwas mutiger sein. Aus sozio-ökonomischen Gründen kann es zwar durchaus sinnvoll sein, zu verhindern, dass grosse Vermögenswerte allzu lange oder theoretisch sogar unbegrenzt

lange in einem Gefäss gebunden werden, dennoch spräche wohl nicht viel dagegen, wenn sich die Schweiz in Bezug auf die erlaubte „Lebensdauer“ eines Trusts am oberen Ende bzw. an der Spitze der erfolgreichsten Konkurrenzregulierungen orientieren würde. Mit einer Trust-Laufzeit von beispielsweise maximal 150 Jahren würde die Schweiz sicherlich mehr internationale Aufmerksamkeit erregen und v.a. mehr Interesse generieren als mit lediglich 100 Jahren.

Sodann noch ein anderer Gedanke im Zusammenhang mit der Laufzeit von Trusts: Anstatt die Maximal-Laufzeit von Trust unnötig kurz zu halten bzw. sich hier am internationalen Durchschnitt zu orientieren, könnte bzw. sollte die Schweiz im Sinne von Stabilität, Nachhaltigkeit und v.a. eines integren Finanzplatzes statt dessen vielleicht eher darüber nachdenken, eine Mindestlaufzeit für bestimmte Trusts einzuführen, um so zu verhindern, dass diese als kurzfristige Zwischenbunker (z.B. für unsauberes Geld) missbraucht werden können. Besonders angezeigt erschiene mir dies bei widerrufbaren Trusts (revocable Trusts), wo der Settlor den Zugriff auf „sein“ Trustvermögen behält und sich dieses wieder vom Trustee zurückholen kann. Dass solche Möglichkeiten für die Geldwäsche attraktiv sind, versteht sich von selbst: Zuerst entbindet sich der Settlor seines Eigentums und überträgt es auf den Trustee, nur um es später dann doch wieder zurückzuholen bzw. zurückholen zu können. Für die wirtschaftliche Berechtigung solcher revocable Trusts mag es aus einer mittel- längerfristigen Optik gute Gründe geben. Weshalb revocable Trusts zuweilen aber nur mit einer kurzen Perspektive aufgesetzt werden, dürfte demgegenüber weniger gut erklärbar sein. Auf jeden Fall darf man wohl davon ausgehen, dass revocable Trusts mit einer Mindestlaufzeit innerhalb deren kein Widerruf stattfinden dürfte deutlich weniger attraktiv für Geldwäsche wären als solche ohne. Mit einer Mindestlaufzeit solcher Strukturen von bspw. 5 Jahren könnte die Schweiz signalisieren, dass Schweizer Trusts für dubiose und wirtschaftlich nicht plausibel erklärbare Transaktionen nicht geeignet sind.

Thomas Burkhard

lic. oec. et lic. iur HSG

Geschäftsführer FINDLING GREY AG

Per Email: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Suter
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 30. April 2022

Michael Fischer
michael.fischer@frb-law.ch

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) – Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Ich reiche Ihnen meine Stellungnahme zum am 12. Januar 2022 publizierten Vorentwurf zum Schweizer Trustrecht ein.

Die vorliegende Antwort beschränkt sich auf die Steuerbestimmungen des Vorentwurfs.

1. Antrag und Zusammenfassung

Falls der Gesetzgeber das Projekt „Schweizer Trust“ weiterverfolgt, seien die im DBG und StHG vorgeschlagenen Bestimmungen ersatzlos zu streichen.

Falls, eventualiter, der Gesetzgeber ein Projekt „Schweizer Trust“ ohne gesetzliche Steuerbestimmungen nicht für möglich hält, sei das Projekt einzustellen.

- Die **Steuerbestimmungen des Vorentwurfs sind missraten**. Sie würden das Projekt Schweizer Trust zu einer Totgeburt werden lassen.
- Die Steuerbestimmungen würden bei Irrevocable Discretionary Trusts zu einer abschreckenden Dreifachbesteuerung des Trustvermögens (bei Einbringung, während der Laufzeit und bei der Ausschüttung) führen. Das wäre für potentielle Begründer inakzeptabel.
- Nicht nur das: Weil die **Steuerbestimmungen** auch auf bereits bestehende ausländische Trusts anwendbar wären, würden sie eine echte **Gefahr für die Schweiz als Standort im Zusammenhang mit Trusts** darstellen. Begründer, Trustees und Begünstigte würden die Schweiz meiden.

Der im Erläuternden Bericht beschriebene erhoffte Wettbewerbsvorteil der Schweiz würde auf dramatische Weise in sein Gegenteil verkehrt.

- Die **steuerliche Behandlung von Trusts** muss **weiterhin der kantonalen Praxis**, und damit der gut funktionierenden Zusammenarbeit zwischen kantonalen Behörden und Beratern, **überlassen** werden.

2. Begründung

2.1. Irrevocable Trusts – Steuerliche Behandlung

Der Erläuternde Bericht beschreibt sieben Optionen für die mögliche Ausgestaltung der steuerlichen Behandlung von Irrevocable Discretionary Trusts.¹

Die Optionen liegen in einem Spektrum zwischen der steuerlich geradezu unrealistisch attraktiven Möglichkeit der praktisch vollständigen Defiskalisation von Vermögen und Einkommen und, auf der anderen Seite, der abschreckend extremen Variante der potentiellen Dreifachbesteuerung, nämlich (i) bei Einbringung, (ii) laufend auf Einkommen und Vermögen und (iii) bei der Ausschüttung.

Der Vorentwurf schlägt für Revocable Trusts und für Fixed Interest Trusts eine Regelung vor, die die geltende Praxis wiedergibt. Im ersten Fall bleiben Vermögenswerte und Einkünfte dem Begründer² und im zweiten werden sie den Begünstigten³ zugerechnet.

Für Irrevocable Discretionary Trusts hingegen enthält der Vorentwurf eine der abschreckenden Extremvarianten:

- Bei Einbringung fällt je nach kantonalem Recht die Schenkungs- oder Erbschaftssteuer an.
- Danach wird der Trust wie eine Stiftung besteuert, und zwar unbeschränkt, wenn mindestens ein Begünstigter in der Schweiz steuerlich ansässig ist oder wenn die Begünstigten nicht bestimmt werden können und der Begründer in der Schweiz ansässig ist oder bei seinem Tod war.⁴
- Ausschüttungen schliesslich, und zwar sowohl von Einkommen wie auch von Kapital (!), werden als Einkommen besteuert, es sei denn man könne einen Zuwendungswillen nachweisen bei der Person, der die Vermögenswerte vorher steuerlich zugerechnet wurden.

Die in der Schweiz ansässigen Begünstigten und der Begründer haften für diese Steuern solidarisch.⁵

2.2. Steuerbestimmungen als Gefahr für Truststandort Schweiz

Die Steuerbestimmungen des Vorentwurfs sind missraten. Es lässt sich sogar mit gutem Grund sagen, dass sie eine echte Gefahr für die Schweiz als Standort im Zusammenhang mit Trusts darstellen.

Die steuerliche Behandlung von Revocable Trusts und Fixed Interest Trusts bietet keine Probleme, sie widerspiegelt die seit Jahren gelebte Praxis.

Hingegen ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die vorgeschlagene Regelung für Irrevocable Discretionary Trusts gewählt wurde.

¹ Erläuternder Bericht Ziff. 5.1.4.2.

² Art. 10a Abs. 1 VE DBG und Art. 6a Abs. 1 VE StHG.

³ Art. 10a Abs. 2 VE DBG und Art. 6a Abs. 2 VE StHG.

⁴ Art. 10a Abs. 3 VE DBG und Art. 6a Abs. 3 VE StHG.

⁵ Art. 55 Abs. 5 VE DBG.

Zunächst kann sie eine dreifache Besteuerung des Trustvermögens zur Folge haben, nämlich bei Einbringung, während der Laufzeit des Trusts und bei der Ausschüttung. Das allein würde dazu führen, dass Schweizer Steuerpflichtige Truststrukturen meiden müssten.

Die Bestimmungen sind aber nicht auf Trusts nach Schweizer Recht begrenzt.

Die Folge kann also zum Beispiel sein, dass der Schweizer Wohnsitz eines pauschalbesteuerten Begünstigten zur Steuerpflicht eines seit Jahren oder Jahrzehnten bestehender Trust plötzlich in der Schweiz steuerpflichtig wird, wenn der Begründer dem Trust weitere Vermögenswerte zuwidmet.⁶

Die vorgeschlagenen Bestimmungen sind ein „fiskalischer Rohrkrepierer“⁷, und zwar nicht nur für das Projekt Schweizer Trust, sondern potentiell für die Schweiz als Standort im Zusammenhang mit Trusts, also zum Beispiel eben auch für den Zuzug von Begünstigten.

Die Schweiz als Jurisdiktion würde mit Blick auf Trusts zu einem „Rühr-mich-nicht-an“-Standort.

2.3. Bewährte Praxis – keine Notwendigkeit für gesetzliche Normierung

Die bisherige Praxis hat sich bewährt. Sie wurde von den kantonalen Steuerbehörden und Beratern in gut funktionierender Zusammenarbeit erarbeitet, ohne spezifische gesetzliche Bestimmungen und gestützt auf das KS 20.

Sie erlaubt, in Verbindung mit dem bewährten Rulingverfahren, Lösungen zu finden, die dem Einzelfall gerecht werden und ein für die Beteiligten (also für die Steuerzahler und für die Steuerbehörden) befriedigendes Resultat zeitigen.

Auffallend an den steuerlichen Ausführungen im Erläuternden Bericht ist, dass sie sich ausschliesslich auf Literatur (Judikatur gibt es keine) aus der Zeit vor 2008 stützen, also bevor das KS 20 publiziert wurde. Das heisst, der Erläuternde Bericht blendet die ganze Entwicklung seit Trusts regelmässig Gegenstand von Steuerveranlagungen und Rulings sind aus. Das ist ein nur schwer verständliches Versäumnis.

Auch wenn es dem Gesetzgeber schwer fallen mag, die steuerliche Behandlung von Trusts muss auch weiterhin der Praxis überlassen werden, die die für den Einzelfall angemessenen Besteuerungsmodalitäten festlegt. Die Flexibilität des Rechtsinstituts Trust steht in einem nicht auflösbaren Spannungsfeld zur Rigidität von kodifizierten Steuernormen.

Wenn die Schweiz ein funktionierendes Trustrecht will, so muss sie auf die gesetzliche Kodifizierung von Steuerbestimmungen verzichten und weiterhin auf die gute Zusammenarbeit zwischen Steuerbehörden und Beratern vertrauen.

⁶ Art. 10a Abs. 3 VE DBG und Art. 205g VE DBG

⁷ *Andrea Opel / Stefan Oesterhelt*, Vorentwurf für einen Schweizer Trust, *SteuerRevue* 2022, S. 290.

Der Gesetzgeber muss den Mut haben, die steuerliche Behandlung von Trusts auch weiterhin der Praxis zu überlassen. Dass das funktioniert, beweist die ausgezeichnete Zusammenarbeit zwischen Behörden und Beratern in den letzten 15 Jahren.

Freundliche Grüße

Michael Fischer

Gentile Signora
Karin Keller-Sutter
Consigliera Federale
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo Federale
3003 Berna

zz@bj.admin.ch

Vezia, 13 maggio 2022

**Introduzione del trust (modifica del Codice delle obbligazioni):
Osservazioni in merito alla procedura di consultazione**

Gentili Signore, Egregi Signori,

In riferimento alla procedura avviata in data 12 gennaio 2022 il Consiglio federale ha incaricato il DFGP di consultare i Cantoni, i partiti, le associazioni mantello nazionali dei Comuni, delle Città e delle regioni di montagna, le associazioni mantello dell'economia e le cerchie interessate in merito all'introduzione del trust (modifica del Codice delle obbligazioni)

Quale Federazione ticinese delle associazioni di fiduciari, come pure su sollecitazione del Dipartimento delle Istituzioni della Repubblica del Cantone Ticino, ci permettiamo di sottoporvi le nostre seguenti osservazioni.

Le associazioni membri della federazione si sono espresse all'unisono favorevolmente all'ordinamento e all'introduzione dell'istituto del "trust" nella legislazione Svizzera. Questo strumento permetterebbe, come richiesto nella mozione, un valido strumento di pianificazione e gestione patrimoniale, senza dover fare capo ad istituzioni di diritto estero.

Tuttavia, si sono riscontrate delle criticità che desideriamo portare alla vostra attenzione suddivise in due capitoli.

Inizialmente per quanto concerne l'aspetto civilistico e di prevenzione contro il riciclaggio di denaro si ritiene che l'articolo 529 lett. d cap.2 "Il diritto dei beneficiari alle prestazioni ..., tale diritto può essere ceduto; ma non può essere trasmesso per successione, crei un significativo rischio di sorveglianza.

La cessione dei diritti dei beneficiari potrebbe compromettere l'identificazione dei beneficiari da parte del trustee e mettere a rischio i suoi obblighi di diligenza previsti dall'Art.529 lett j.

Benché sia data la facoltà di limitare la trasmissibilità dei diritti, si ritiene che il potere contrattuale del disponente alla costituzione di un trust possa influenzare in maniera preponderante simili limitazioni.



Inoltre, l'estensione della responsabilità al patrimonio personale per i debiti del trust, "Art. 529 lett. g cap.3 "Risponde con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee. Questa responsabilità personale può essere esclusa mediante una convenzione con il creditore." preclude notevolmente l'attrattività dello strumento nei confronti dei trust esteri, i quali limitano maggiormente i rischi del trustee. Pertanto, riteniamo che il trustee debba rispondere unicamente con il patrimonio posto nei trust.

Si evidenzia il fatto che l'abilitazione all'esercizio di trustee è sottoposta all'autorizzazione FINMA che permette di incrementare la qualità e le competenze dei trustee, ma comporta un ingente onere burocratico per ogni singola abilitazione e limita le strutture con le quali si possono offrire il servizio.

In secondo luogo, il trattamento fiscale del trust, da quando è stata ratificata la Convenzione dell'Aia nel 2007, è regolato da una Circolare della Conferenza fiscale svizzera, ripresa dall'Amministrazione federale delle contribuzioni. Quando prescritto in queste Circolari non ha mai creato problemi per quanto attiene il trattamento degli attori coinvolti in casi di trust irrevocabili fissi e trust revocabili.

Per questo motivo il mantenimento dell'attuale trattamento fiscale – come previsto dalla Circolare n. 20 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) del 27 marzo 2008 – per quanto attiene queste due tipologie di trust ci trova d'accordo. Siamo convinti che non sia prettamente necessario legiferare in tal senso e che l'attuale prassi sia sufficiente. Tuttavia, se per una questione di certezza giuridica si intendono codificare, sia nella Legge federale sull'imposta federale diretta sia nella Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni, queste due fattispecie, le proposte indicate nell'avamprogetto di legge sono senz'altro condivisibili. In tal senso, il contenuto dei capoversi 1 e 2 del progetto degli articoli 10a LIFD e 6a LAID necessita soltanto di alcune precisazioni. Lo stesso discorso non vale, però, per il progetto del capoverso 3 sul quale ci soffermeremo in seguito.

In primo luogo, proponiamo di completare il capoverso 1 aggiungendo, dopo il primo termine "trust", l'inciso "revocabile". Si tratta di una precisazione importante che permette di chiarire ulteriormente la fattispecie che riguarda le tipologie di revocable trust. Lo stesso dicasi per il capoverso 2, dove dopo il primo termine "trust" proponiamo l'aggiunta dell'inciso di "irrevocabile a interesse fisso", cioè irrevocable fixed interest trust.

La sistematica dei progetti degli articoli 10a LIFD e 6a LAID è sostanzialmente corretta poiché queste nuove disposizioni sono posizionate nello stesso capitolo delle società di persone, comunioni ereditarie, investimenti collettivi di capitale, ecc., i cui redditi e capitali sono imputati per trasparenza ai legittimi proprietari e non conferiscono a queste entità la caratteristica di soggetto fiscale. Tuttavia, piuttosto che due nuovi articoli (a nostro avviso sarebbe più corretto completare con due nuovi capoversi (3 e 4) l'attuale articolo 10 LIFD (per inciso, non si ritiene necessaria alcuna norma nella LAID).

Come detto diverso, invece, è il discorso del capoverso 3 dei progetti di articoli 10a LIFD e 6a LAID che parrebbe voler istituire un nuovo soggetto fiscale, cioè il trust irrevocabile discrezionale (irrevocable discretionary trust).

Riteniamo che la soluzione così come preconizzata porti ad una tripla tassazione, e meglio con l'imposta sulle donazioni/successioni al momento dell'apporto dei beni in trust, con l'imposta sull'utile delle fondazioni durante l'esistenza del trust e con l'imposta sul reddito al momento delle distribuzioni ai beneficiari, il che rende ben poco attrattivo l'utilizzo di questo strumento.



Senza contare che a nostro giudizio presenta delle criticità dal punto di vista Costituzionale, in effetti giusta l'art. 128 Cost. "la Confederazione può riscuotere un'imposta diretta:

- a. sul reddito delle persone fisiche, con un'aliquota massima dell'11,5 per cento;
- b. sul reddito netto delle persone giuridiche, con un'aliquota massima dell'8,5 per cento".

Il trust, con questa proposta, non è una persona giuridica e la modifica legislativa, come si dirà anche in seguito, tocca gli articoli inerenti le persone fisiche. Quindi verrebbero percepiti dei tributi fiscali in disaccordo con la Costituzione federale.

Abbondazialmente rileviamo che se dovesse continuare ad essere proseguita la via di cui all'opzione 1 dell'avamprogetto occorrerebbe normare la figura del trust irrevocabile discrezionale (irrevocable discretionary trust) nel capitolo delle persone giuridiche, accanto alle fondazioni (articoli 49 e 71 LIFD). Questa soluzione ben più si adatta alla norma Costituzionale e alla sistematica di legge, essendo questa tipologia di trust un soggetto fiscale autonomo, diversamente dalle proposte dell'articolo 10a capoversi 1 e 2 LIFD, dove il trust (revocable trust e irrevocable fixed interest trust) è un soggetto trasparente. Sarebbe, infatti, errato posizionare il trust revocabile discrezionale nell'articolo 10a LIFD. Il trust dovrebbe essere imposto con le aliquote attenuate delle fondazioni e però riteniamo che per garantire la neutralità della forma giuridica e la parità di trattamento tra azionisti e soci da un lato, e beneficiari di un trust irrevocabile discrezionale dall'altro, proponiamo di imporre i beneficiari sui redditi distribuiti dal trustee in modo analogo ai redditi di partecipazione e, cioè in misura parziale. In questo modo si tiene conto dell'attenuazione della doppia imposizione economica. Ai fini dell'imposta federale diretta, la percentuale proposta potrebbe essere identica ai redditi di partecipazioni qualificate, equivalente al 70% o minore. Ai fini delle imposte cantonali, si lascerebbe, invece, ai Cantoni la libertà tariffale nel decidere la percentuale di imposizione parziale (proposta di articolo 7quater LAID).

Evidentemente per "redditi" distribuiti dal trustee ai beneficiari sono da intendersi quelli generati dall'attività del trustee con il capitale a disposizione del trust. È, quindi, importante che il trust disponga di una contabilità idonea ad identificare utili e perdite, quest'ultime tra l'altro riportabili per i sette periodi fiscali successivi. Qualora, invece, venisse distribuito ai beneficiari una parte del capitale iniziale del trust, questo dovrà essere trattato come una donazione e, di conseguenza, imposta dai Cantoni considerando il grado di parentela esistente tra il disponente e il beneficiario.

Si tratta, dunque, di applicare gli stessi principi fiscali che regolano i rapporti tra società e soci.

Riteniamo lesive del principio di legalità le norme transitorie di cui agli art. 205 lett. g LIFD e art. 78 lett. h LAID e consideriamo spropositata la norma di cui all'art. 55 cpv. 5 LIFD di considerare i beneficiari e i disponenti assoggettati illimitatamente in Svizzera responsabili solidali per le imposte di un trust, in quanto il disponente si è spossessato dei beni posti in trust e il beneficiario non hanno una pretesa certa.

Siamo dell'idea che le modifiche e gli stralci sopraesposti avrebbero perlomeno il pregio di permettere di garantire una attrattività fiscale del trust irrevocabile discrezionale come soggetto fiscale autonomo con le aliquote delle fondazioni, garantendo allo stesso tempo ai Cantoni una propria autonomia nella percentuale di imposizione parziale delle prestazioni provenienti da trust irrevocabile discrezionale, sempre che si voglia mantenere la proposta di cui all'opzione 1.

Resta, infine, da chiarire il trattamento fiscale del trust ai fini del diritto internazionale tributario. Premesso che per i revocable trust e irrevocable fixed interest trust nulla cambia rispetto alla situazione attuale, diverso è lo scenario dell'irrevocable discretionary trust. Bisognerà considerarlo un soggetto fiscale autonomo che rientra nel campo di applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni (CDI), analogamente alle fondazioni, e l'utile da esso conseguito sarà imponibile dove ha sede o amministrazione effettiva.



Si tratta dunque di stabilire, in primo luogo, il domicilio dell'irrevocable discretionary trust. Questo coincide con il domicilio del trustee e, ad ogni modo, dove il trustee amministra effettivamente il trust. Se, quindi, il trustee amministrerà il trust dalla Svizzera, sarà a quest'ultima che competerà il diritto impositivo riguardante l'utile generato dal trust. In caso di distribuzione di un reddito, considerato che il diritto interno qualifica i redditi analogamente ai redditi da partecipazione, vi sarà un'imposizione conformemente all'articolo 10 capoverso 3 del Modello OCSE di Convenzione fiscale.

Per ottenere uno strumento che possa essere utile sia a livello interno, sia essere concorrenziale livello internazionale, riteniamo che gli accorgimenti suesposti dovrebbero essere rivisti. Siamo convinti che l'introduzione di questo strumento sia una valida opportunità, se resa concorrenziale, pratica e sicura.

Ringraziandovi già sin d'ora per l'attenzione concessa, ci è gradita l'attenzione per porgevi i nostri più cordiali saluti.

Kevin Kaufmann



Presidente commissione leggi
F.T.A.F.



CIFA INITIAL CONTRIBUTOR

GROUPEMENT **S**UISSE DES **C**ONSEILS EN **G**ESTION **I**NDÉPENDANTS - **GSCGI**
SCHWEIZERISCHE **V**EREINIGUNG **U**NABHÄNGIGER **F**INANZBERATER - **SVUF**
ASSOCIAZIONE **S**VIZZERA DEI **C**ONSULENTI **F**INANZIARI **I**NDIPENDENTI - **ASCFI**
SWISS **A**SSOCIATION OF **I**NDEPENDENT **F**INANCIAL **A**DVISORS - **SAIFA**

CONSEIL FEDERAL

Département fédéral de Justice et Police

Unité de droit civil et procédure civile

Bundesrain 20

CH – 3003 BERNE

Genève, le 25 avril 2022

Concerne: Mise en consultation de l'avant-projet du Conseil fédéral sur la création d'un Trust de droit suisse

Mesdames et Messieurs,

Le Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants (GSCGI) salue la volonté du législateur fédéral de renforcer la place financière suisse par la création d'un véhicule de planification patrimoniale supplémentaire sous la forme d'un trust de droit suisse.

Le GSCGI regroupe 130 praticiens suisses de la gestion patrimoniale, dont un certain nombre de trustees au sens de la nouvelle Loi fédérale sur les établissements financiers. C'est donc avec un grand intérêt et anticipation que le GSCGI a examiné l'avant-projet du Conseil fédéral et a procédé à l'évaluation du nouveau véhicule envisagé sous l'angle de sa praticité, de son attractivité et de la plus-value effectivement apportée pour la place financière suisse en regard de la situation actuellement régie par la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (Convention de La Haye).

A la suite d'une série de remarques d'ordre général, la présente consultation présente un examen de l'avant-projet 'article par article' comprenant un indicateur vert, orange ou rouge du point de vue de la plus-value, respectivement moins-value, apportée au dynamisme de la place financière suisse comme place de gestion patrimoniale.



CIFA INITIAL CONTRIBUTOR

GROUPEMENT **S**UISSE DES **C**ONSEILS EN **G**ESTION **I**NDEPENDANTS - **GSCGI**
SCHWEIZERISCHE **V**EREINIGUNG **U**NABHÄNGIGER **F**INANZBERATER - **SVUF**
ASSOCIAZIONE **S**VIZZERA DEI **C**ONSULENTI **F**INANZIARI **I**NDIPENDENTI - **ASCFI**
SWISS **A**SSOCIATION OF **I**NDEPENDENT **F**INANCIAL **A**DVISORS - **SAIFA**

REMARQUES GENERALES:

► DEFINITION DU TRUST

La définition retenue par l'avant-projet (affectation d'un bien à un patrimoine séparé) a ceci de doublement malaisée qu'il n'existe pas d'équivalent en droit suisse et que cette notion s'éloigne trop de celle du trust anglo-saxon. Le GSCGI recommande une définition proche de celle retenue par le Prof Luc Thévenoz dans son article sur le trust suisse (Proposition d'un trust Suisse, publié dans la revue RSDA 2018 II p.99 à 112), incluant ceci: *«rapport d'obligations, voulu par le constituant, qui exprime, expressément ou tacitement, la volonté d'obliger le trustee à détenir certains biens en trust dans l'intérêt de bénéficiaires ou d'un but»*.

Si l'objectif n'est pas de mettre en place un outil destiné uniquement aux avocats pour leur permettre de gérer les avoirs de leurs clients, mais bien de renforcer la place financière, il conviendrait alors également d'autoriser le «purpose trust» et les trusts avec des buts non charitables (à l'exclusion des fonds de pension par exemple, réservés aux fondations).

Quant au contenu minimal de l'acte, l'art 529 b CO ne dit rien de la manière dont les biens peuvent être distribués alors même qu'il s'agit là d'un élément essentiel du trust (non discrétionnaire).

► RESPONSABILITÉ DES TRUSTEES

En droit anglo-saxon la responsabilité du trustee est limitée au choix du gestionnaire et à sa surveillance quand il délègue la gestion. En ce sens, l'article 529g al.3, qui voudrait que le trustee réponde sur son patrimoine personnel des obligations souscrites dans la cadre du trust, introduirait une innovation dans l'industrie du trust et un risque qu'aucun trustee en Suisse ne voudra prendre. Le fait que le trustee puisse se dédommager ensuite sur le patrimoine du trust ne procure en effet pas de garanties suffisantes dans le cas où l'obligation excède les avoirs du trust. Si l'objectif est de renforcer la place financière suisse, il convient au minimum de limiter cette responsabilité au montant des avoirs du trust.



CIFA INITIAL CONTRIBUTOR

GROUPEMENT **S**UISSE DES **C**ONSEILS EN **G**ESTION **I**NDEPENDANTS - **GSCGI**
SCHWEIZERISCHE **V**EREINIGUNG **U**NABHÄNGIGER **F**INANZBERATER - **SVUF**
ASSOCIAZIONE **S**VIZZERA DEI **C**ONSULENTI **F**INANZIARI **I**NDIPENDENTI - **ASCFI**
SWISS **A**SSOCIATION OF **I**NDEPENDENT **F**INANCIAL **A**DVISORS - **SAIFA**

► ASPECTS LEGISLATIFS

Le Groupement considère que la démarche législative concernant les trusts devrait demeurer de nature purement civile et fiscale, et ne pas s'étendre au cadre administratif et pénal qui est déjà réglementé par d'autres textes de loi.

Pour le surplus, le projet omet de prévoir des dispositions supplétives pour le cas où le *settlor* oublierait de spécifier un élément du trust ou qu'il faille procéder à une modification du trust sans devoir nécessairement saisir les tribunaux. De telles dispositions supplétives devraient couvrir *a minima* les questions de la nomination de nouveaux trustees, les transferts de propriété d'un trustee à son successeur, la nomination de nouveaux protecteurs par le trustee par défaut, ainsi que des dispositions minimales sur les droits des trustees sur le patrimoine.

► TAXATION

A teneur de l'avant-projet, les biens des trusts entièrement discrétionnaires et irrévocables dont le *settlor* et/ou le bénéficiaire est résident en Suisse feraient l'objet d'une triple imposition:

- au moment de la création du trust comme donation si le constituant est suisse,
- en cours d'existence comme une fondation/sujet indépendant si un des bénéficiaire est résident en Suisse,
- au moment de la distribution, impôt sur le revenu pour le bénéficiaire résident en Suisse.

On peut douter de l'intérêt pour un résident suisse de recourir à un nouveau véhicule qui serait si péjorant sur le plan fiscal par rapport aux trusts de droit étranger dont le patrimoine est actuellement taxé soit au moment de la donation au trust, soit au moment de la distribution mais pas les deux.



CIFA INITIAL CONTRIBUTOR

GROUPEMENT SUISSE DES CONSEILS EN GESTION INDÉPENDANTS - GSCGI
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG UNABHÄNGIGER FINANZBERATER - SVUF
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI CONSULENTI FINANZIARI INDIPENDENTI - ASCFI
SWISS ASSOCIATION OF INDEPENDENT FINANCIAL ADVISORS - SAIFA

► CONCLUSION

De nombreuses autres remarques sont émises dans le cadre de l'analyse 'article par article' annexée à la présente. Le GSCGI garde l'espoir qu'une fois expurgé de ses aspects clairement rédhibitoires, le projet de loi amendé pourra être soutenu.

Veuillez croire, Mesdames et Messieurs, en l'expression de notre parfaite considération.

G S C G I

Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants

Cosima F. Barone
Membre du Conseil

Philippe Kresse
Président du Conseil

Annexes: Commentaires 'article par article' et
Tableau récapitulatif du baromètre/place financière



CIFA INITIAL CONTRIBUTOR

CF—CONSULTATION TRUST SUISSE

DEADLINE 30.04.2022

RAPPORT FINAL

COMMENTAIRES

article par article

de l'avant-projet du Conseil Fédéral

élaborés par le

G S C G I

GROUPEMENT SUISSE DES CONSEILS EN GESTION INDÉPENDANTS

www.gscgi.ch



Code des obligations (Introduction du trust)

Avant-projet

Modification du «\$SmartDocumentDate»

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du ...¹
arrête:*

I

Le code des obligations² est modifié comme suit:

Titre vingt-deuxième^{bis}: Du trust

Art. 529a

A. Dispositions
générales
I. Définition et
forme

¹ Le trust a pour objet l'affectation par un ou plusieurs constituants de biens à un patrimoine séparé détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires.

² Le trust est constitué par déclaration écrite ou par disposition pour cause de mort.

► DEFINITION DU TRUST

Le rapport explicatif reprend la définition du trust de la Convention de la Haye, à savoir (page 9):

«des relations juridiques de droit privé en vertu desquelles des biens ont été placés sous le contrôle d'une personne (le trustee) chargée de les administrés et d'en disposer dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou dans un but déterminés.»

Cette définition n'est toutefois pas celle retenue par la loi (affectation d'un bien à un patrimoine séparé). L'**article 529a**, tel que présenté, ne reprend en effet pas la définition du rapport explicatif, sans toutefois en indiquer la raison, mais utilise la formulation de la définition de la fondation (**art. 80 CC**: la fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial). La définition proposée dans cet article est peu claire et s'éloigne trop, à notre avis, de la notion du trust anglo-saxon. Qu'est-ce que l'«affectation d'un bien à un patrimoine séparé»? Destiner un bien à être un patrimoine séparé? On ne comprend pas trop le motif, ni même les conséquences d'une telle formulation. Si le trust se rapproche de la fiducie et de la fondation, il ne faut pas à tout prix essayer de le faire coller à ses institutions et à leurs définitions existantes. Il est décidé de créer une nouvelle institution dans le droit suisse. Alors n'ayons pas peur d'innover et d'utiliser une définition qui a un sens. N'oublions pas que l'industrie des trusts n'est pas constituée de juristes pour

l'essentiel. Des notions clairement compréhensives pour tout un chacun nous semblent indispensables.

La définition retenue par l'avant-projet est malaisée car il n'existe pas d'équivalent en droit suisse. Nous pensons que le rapport d'obligation (comme le suggère Me Thévenoz dans son article «*Proposition d'un trust suisse*» publié dans la revue RSDA 2018 II p.99 à 112) ou institution sont des termes plus appropriés qu'un contrat, quoique le terme institution pourrait donner à penser qu'il possède la personnalité juridique, ce qui n'est pas le cas.

Nous proposons de garder la notion de «*rapport d'obligations, voulu par le constituant, qui exprime, expressément ou tacitement, la volonté d'obliger le trustee à détenir certains biens en trust dans l'intérêt de bénéficiaires ou d'un but*».

► PURPOSE TRUST

Notre proposition introduit la possibilité de créer des «purpose trusts» contrairement à l'avant-projet qui les exclut. Nous comprenons que le but recherché par cette exclusion est celui de laisser une place aux fondations suisses. Nous pensons toutefois que l'utilisation des fondations suisses est déjà limitée. Par ailleurs, dès lors que le droit suisse permet à plusieurs types de personnes morales d'exister, ne peut-on faire de même ici et laisser coexister les trusts et les fondations? Si nous voulons une législation moderne et utile qui offre des outils efficaces et attrayants à la place financière suisse, il faudrait, à notre avis, permettre l'existence des trusts avec des but non charitables, à l'exclusion des fonds de pension par exemple. Nous imaginons ici des trusts avec des buts commerciaux, tels qu'isoler un bien d'une transaction plus large, ou un véhicule spécial pour effectuer une transaction hors bilan ou encore détenir les actions d'une 'private trust company' par exemple.

► DECLARATION OF TRUST

article 529a al.2 — Le trust est en principe créé par une manifestation de volonté du constituant. L'avant-projet de la loi suisse impose qu'elle soit sous forme écrite (par le constituant ou le trustee? ...). La forme écrite exclut les implied/resulting/constructive trusts. En droit anglo-saxon il est possible de créer un trust sous la forme d'une simple déclaration unilatérale des trustees. Le rapport explicatif en fait mention et semble indiquer que cela sera possible, mais la loi ne l'indique pas. Nous souhaiterions qu'il soit clairement indiqué que cela est possible.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529b

- ¹ Dans l'acte de trust, le constituant déclare affecter des biens au trust, désigne le trustee et les bénéficiaires et édicte les dispositions relatives à l'administration du trust.
- ² Si le trust est constitué par disposition pour cause de mort, le constituant peut renoncer à désigner le trustee dans l'acte de trust. Dans ce cas, toute personne intéressée peut demander au tribunal de désigner le trustee.
- ³ Si le constituant est lui-même désigné trustee, l'acte de trust mentionne précisément les biens que le constituant affecte au trust.
- ⁴ L'acte de trust contient également une désignation pour identifier le trust. A défaut, la désignation est choisie par le trustee.
- ⁵ Le trust déploie ses effets lorsque le trustee a consenti par écrit à sa nomination et qu'il a acquis les biens affectés au trust.
- ⁶ Les dispositions légales protégeant les droits des créanciers, du conjoint ou du partenaire enregistré et des héritiers du constituant sont réservées.

► CONTENU MINIMAL DE L'ACTE DE TRUST

L'**article 529b** mentionne les dispositions essentielles de l'acte:

- Déclaration d'affectation des biens au trust,
- Désignation du trustee,
- Désignation des bénéficiaires, le trustee ne peut pas être seul bénéficiaire, l'acte peut conférer des droits ou des expectatives,
- Dispositions administratives.

Mais il ne dit rien de la manière dont les biens peuvent être distribués. C'est pourtant un élément essentiel. En effet, en droit anglo-saxon il faut 3 conditions pour qu'un trust soit valide:

1. Volonté de constituer un trust (d'obliger les trustees à détenir des biens en trust pour le bénéfice des bénéficiaires).
2. Détermination claire des biens placé en trust ainsi que de la manière dont ils vont être distribués. La première partie est bien décrite dans la loi mais pas la deuxième.
3. Désignation claire des bénéficiaires (identifiable mais peuvent ne pas encore exister).

Nous proposons ainsi d'ajouter entre l'alinéa 5 et l'alinéa 6 l'alinéa suivant :

«L'acte de trust contient également des dispositions sur la manière dont les biens doivent être distribués. A défaut, les trustees ont l'entière liberté de déterminer la quantité, la manière et le cas échéant le destinataire de la distribution parmi les bénéficiaires».

Par ailleurs à l'**alinéa 3 de l'article 529b**, il est indiqué que l'acte doit mentionner précisément les biens que le constituant affecte au trust si le constituant est lui-même désigné comme trustee. Cela veut-il dire que lorsque le constituant et le trustee sont deux personnes distinctes, il ne serait pas nécessaire de désigner précisément les biens en trust? Ceci ne nous semble ni possible, ni souhaitable. Dès lors que les biens en trust doivent être séparés du patrimoine du trustee, il est fondamental qu'ils soient désignés de façon précise dans tous les cas, dans un document annexe à l'acte constitutif du trust au minimum.

Nous proposons de modifier l'alinéa 3 comme suit:

«Les biens que le constituant affecte au trust doivent être désignés précisément soit dans l'acte de trust lui-même soit dans un document annexe».

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529c

III. Désignation
des bénéficiaires
ou des catégories
de bénéficiaires

¹ L'acte de trust désigne le ou les bénéficiaires nommément ou par un lien particulier avec le constituant ou avec une autre personne, ou par d'autres critères qui permettent d'établir la qualité de bénéficiaire au moment de la distribution d'une prestation.

² Le trustee ne peut être le seul bénéficiaire.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529d

IV. Prestations

¹ L'acte de trust confère aux bénéficiaires le droit à des prestations ou de simples expectatives soumises à la discrétion du trustee.

² Le droit d'un bénéficiaire peut être soumis à des conditions ou à des termes. Sauf disposition contraire de l'acte de trust, il est cessible; il n'est toutefois pas transmissible par succession.

³ L'expectative d'un bénéficiaire n'est ni cessible, ni transmissible par succession.

⁴ Un bénéficiaire peut en tout temps renoncer aux droits ou expectatives que lui procure le trust par une déclaration écrite adressée au trustee.

► PRESTATIONS

Selon l'**article 529d** le droit d'un bénéficiaire pourrait, sauf disposition contraire, être cessible mais pas transmissible par succession. Comment concilier la cession avec la volonté du constituant qui a créé le trust dans le but de faire bénéficier des personnes spécifiques. Incorporer dans la loi le droit de cession nous semble dangereux pour des Trusts n'ayant pas prévu expressément la prohibition.

Dans le cas où, un bénéficiaire céderait ou renoncerait à des droits sur les biens d'un trust, ceci constituerait-il un acte de donation fiscalement taxable?

Nous souhaiterions qu'il soit expressément indiqué dans la loi qu'à défaut de disposition contraire dans l'acte, il est possible d'ajouter, de suspendre ou d'exclure un ou des bénéficiaires

Quid d'une renonciation temporaire? Cela est-il possible ?

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529e

V. Pouvoirs du
constituant

¹ L'acte de trust peut conférer au constituant le pouvoir notamment de:

1. révoquer ou dissoudre le trust;
2. soumettre à son consentement certains actes du trustee;
3. exiger les comptes du trust et en ordonner la révision;
4. remplacer le trustee ou désigner son successeur;
5. désigner un ou plusieurs protecteurs, les remplacer ou désigner leur successeur.

² Le constituant exerce personnellement les pouvoirs qui lui sont conférés par l'acte de trust ou par la loi. Ces pouvoirs ne souffrent aucune représentation.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529f

VI. Pouvoirs du protecteur

¹ L'acte de trust peut conférer à un ou plusieurs protecteurs tout ou partie des pouvoirs visés à l'art. 529e. Un trustee ne peut pas être protecteur. Le protecteur ne peut révoquer le trust que du vivant du constituant.

² Le protecteur exerce personnellement les pouvoirs qui lui sont conférés. Ces pouvoirs ne souffrent aucune représentation.

³ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, il exerce les pouvoirs dans l'intérêt des bénéficiaires. S'il est un bénéficiaire, il tient compte équitablement de l'intérêt de tous les bénéficiaires.

⁴ Lorsqu'il y a plusieurs protecteurs, ceux-ci prennent leurs décisions à la majorité absolue, sauf disposition contraire de l'acte de trust.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529g

¹ Le trustee administre et gère les biens du trust et en dispose, conformément à l'acte de trust et aux dispositions légales.

² Il peut, en son nom et en qualité de trustee, actionner et être actionné en justice, ainsi que poursuivre et être poursuivi dans toute affaire concernant le trust.

³ Le trustee répond sur son patrimoine personnel des obligations encourues en sa qualité de trustee. Cette responsabilité peut être exclue par une convention avec le créancier.

⁴ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, le trustee exerce sa fonction personnellement, à moins qu'il ne soit contraint par les circonstances de se substituer quelqu'un.

⁵ Lorsqu'il y a plusieurs trustees, leurs rapports sont organisés comme suit :

1. les biens du trust leur appartiennent en commun;
2. sauf disposition contraire de l'acte de trust, ils prennent leurs décisions à l'unanimité;
3. ils répondent solidairement des obligations résultant des dispositions de l'acte de trust et de la loi.

► RESPONSABILITÉ DES TRUSTEES

L'**article 529g al.3** nous semble innover totalement l'industrie du trust en imposant que le trustee réponde sur son patrimoine personnel des obligations encourues en qualité de trustee.

Le fait que le trustee puisse se dédommager ensuite sur le patrimoine du trust ne procure pas de garanties suffisantes dans le cas où le montant qu'il doit payer dépasse celui des fonds du trust. Aucun trustee en Suisse ne voudra prendre un tel risque. Par ailleurs, il n'est pas toujours possible de négocier les termes généraux de certains contrats et de limiter la responsabilité du trustee au montant des avoirs du trust de façon contractuelle. Certaines grosses sociétés (notamment banques) refusent de telles modifications. A notre avis, Il faudrait au minimum limiter cette responsabilité au montant des avoirs du trust.

Ce procédé risque en outre d'entraîner un effet pervers en se sens qu'il va pousser les trustees à placer ses avoirs dans des sociétés sous-jacentes ce qui pourrait avoir comme effet de soustraire la gestion au contrôle voulu par le législateur.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529h

¹ Le trustee agit avec diligence et loyauté dans l'intérêt exclusif du ou des bénéficiaires.

² En particulier, il doit:

1. exécuter les obligations résultant de l'acte de trust et de la loi avec la diligence qui peut être raisonnablement attendue au regard de ses qualités personnelles et de sa profession;
2. établir un inventaire des actifs et des passifs du patrimoine du trust à la constitution du trust et;
3. tenir une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine conformément à l'art. 957, al. 2;

³ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, le trustee doit également:

1. agir en toute indépendance par rapport au constituant;
2. éviter tout conflit d'intérêts, notamment s'abstenir d'obtenir, pour lui-même ou pour un tiers, tout avantage non autorisé, ou d'exploiter à son avantage toute information reçue, en rapport avec l'exécution de sa fonction;
3. lorsqu'il y a plusieurs bénéficiaires, agir avec impartialité et en tenant compte équitablement de leurs intérêts;
4. tenir les biens du trust séparés de son patrimoine personnel;
5. investir les avoirs disponibles du trust avec diligence et prudence dans l'intérêt des bénéficiaires.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529i

¹ Le trustee doit en tout temps rendre compte de sa gestion à la demande du constituant qui s'en est réservé le droit dans les dispositions de l'acte de trust, d'un autre trustee, d'un protecteur ou d'un bénéficiaire.

² Chaque bénéficiaire peut également demander au trustee des renseignements sur ses droits et attentes résultant des dispositions de l'acte de trust.

³ Le trustee peut refuser de fournir des renseignements à un bénéficiaire:

1. pour de justes motifs prévus par les dispositions de l'acte de trust;
2. lorsqu'ils compromettent les intérêts légitimes d'autres bénéficiaires.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529j

¹ Le trustee doit, avec la diligence requise par les circonstances, identifier le constituant, les autres trustees, les protecteurs, les bénéficiaires ou les catégories de bénéficiaires ainsi que toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur le trust, et vérifier leur identité.

² Il doit recueillir les informations élémentaires sur les établissements financiers et d'assurance, ainsi que sur les comptables, conseillers fiscaux, conseillers en investissement, gestionnaires d'investissement et autres prestataires qui ont des relations d'affaires avec le trust.

³ Les informations contiennent le prénom et le nom ou la raison sociale, l'adresse, la nature de la fonction ou de la relation avec le trust ainsi que, pour les personnes visées à l'al. 1:

- a. s'il s'agit d'une personne physique, la date de naissance et la nationalité;
- b. s'il s'agit d'une personne morale ou d'une société de personnes, le prénom, le nom, l'adresse, la date de naissance et la nationalité de chaque personne physique qui la contrôle.

⁴ Lorsque l'acte de de trust désigne des catégories de bénéficiaires, le trustee identifie les critères qui permettent d'établir la qualité de bénéficiaire.

⁵ Le trustee doit établir et conserver des documents relatifs à ces informations. Il vérifie périodiquement si les documents requis sont actuels et les met à jour si nécessaire.

⁶ Il conserve les documents de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps dans le pays de son siège ou de son domicile. Il les conserve pendant cinq ans après la fin de ses fonctions.

ASPECT LEGISLATIF

Le Groupement (GSCGI) considère que la démarche législative concernant les trusts devrait demeurer de nature purement civile et fiscale, et ne pas s'étendre au cadre administratif et pénal qui est déjà réglementé par d'autres textes de loi (LBA & LEFin). Par ailleurs, les trustees professionnels sont à présent soumis à la surveillance de la FINMA.

Le Groupement (GSCGI) considère que cette décision du Parlement d'éviter la double punissabilité administrative et pénale devrait être la nouvelle jauge pour définir la pertinence de nouvelles règles de nature pénale.

Plus précisément, le Groupement suggère:

Art. 529j CO

De conserver dans cet avant-projet l'**art. 529j CO**, mais uniquement à titre supplétif à la LBA, à savoir pour les Trustees n'exerçant pas à titre professionnel au sens de l'article 7 OBA, concernant l'obligation de recueillir des informations sur le constituant, le protecteur, les bénéficiaires, etc. Pour les Trustees exerçant à titre professionnel, cette disposition n'apporte rien de plus de ce qui est d'ores et déjà prescrit dans la LBA et dans l'OBA-FINMA. Les trustees sont en effet des intermédiaires financiers au sens de la LBA et dès lors pleinement assujettis aux contraintes en matière d'identification et

de documentation. Par ailleurs, ces contraintes n'ont pas nature à avoir une incidence au niveau du droit des contrats. La position du trustee est ainsi entièrement différente de celle des sociétés commerciales pour lesquelles le CO impose la connaissance des actionnaires et des ayants droit économiques à défaut d'une contrainte issue de la réglementation anti-blanchiment.

Le fait que l'obligation d'identification et de documentation serait prévue par deux textes légaux (CO et OBA-FINMA) exposerait le système légal au risque de contradictions. Tel est déjà le cas avec le délai de conservation de cinq ans prévu à l'**al. 6**, plus court que le délai de conservation issu de la réglementation AML.

Art. 327a lit. e CP (voir aussi en page 37)

De conserver dans cet avant-projet l'**art. 327a lit. e CP**, mais uniquement à titre supplétif à la LBA, à savoir pour les Trustees n'exerçant pas à titre professionnel au sens de l'article 7 OBA. Pour les Trustees exerçant à titre professionnel, cette disposition (sociétés anonyme, Sàrl, Scoop, SICAV etc.). Pour ces autres catégories de personnes, l'**art. 327a CP** punit la non-connaissance des actionnaires et de leurs ayants droit économiques et non pas celle de leurs clients éventuels, alors que pour les trustees, l'infraction se rapporterait à la non connaissance des bénéficiaires et des autres intervenants du trust. Notons qu'en tant que société, le trustee, serait déjà soumis à cette disposition pénale s'agissant de la connaissance des actionnaires qualifiés et de leurs ayants droit économique. Par ailleurs, l'**art. 327a lit. e CP** pourrait entrer en conflit avec l'actuel **art. 305ter CP** qui lui vise l'absence d'identification des ayants droit économiques des valeurs patrimoniales confiées.

D'une façon générale, le Groupement s'interroge sur la nécessité de criminaliser le défaut d'identification, du fait que la violation de la LBA justifie désormais, depuis l'entrée en vigueur de la LEFin, une intervention de la FINMA directement ou au travers des Organismes de surveillance envers le trustee. Le comportement répréhensible se verrait ainsi doublement puni, au niveau administratif et pénal. Le Parlement s'est déjà exprimé contre la double incrimination en cas de violation de normes de comportement professionnelles lors de l'adoption de la LEFin. L'**art. 92 LEFin**, introduit sur demande du Conseiller aux Etats Martin Schmid (Grisons), exclut en effet du dispositif pénal des **art. 89 à 91 LEFin** les assujettis au sens de l'**art. 3 LFINMA** du fait qu'ils sont déjà soumis au pouvoir de sanction de la FINMA.

Le Groupement considère que cette décision du Parlement d'éviter la double punissabilité administrative et pénale devrait être la nouvelle jauge pour définir la pertinence de nouvelles règles de nature pénale.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529k

¹ Le trustee répond en vertu des art. 97 à 101 du dommage qu'il cause au patrimoine du trust ou aux bénéficiaires par un manquement à ses obligations. Le trustee ne peut être libéré d'avance de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave d'un auxiliaire.

² Le constituant qui s'en est réservé le droit dans les dispositions de l'acte de trust, un autre trustee, un protecteur et chaque bénéficiaire ont le droit d'intenter action pour demander la réparation du dommage causé au patrimoine du trust.

RESPONSABILITÉ DES TRUSTEES

Il nous semble dangereux de rendre responsable le trustee des fautes graves de ses auxiliaires sans lui laisser la possibilité de s'en libérer, même s'il a bien choisi et surveillé son auxiliaire (**art. 529k**).

On alourdit la responsabilité du trustee par rapport à celle du mandataire (art. 399 al2 CO).

Ceci nous semble totalement ignorer la réalité de l'industrie du trust aujourd'hui. La plupart des trusts incluent des avoirs particuliers dont la gestion avisée nécessite des connaissances aigues que le trustee ne peut pas forcément toutes avoir (gestion de portefeuille bancaire, gestion d'un immeuble locatif ou encore gestion d'un yacht). En conséquence, le trustee propriétaire des biens qui veut respecter son obligation de diligence, se doit de déléguer la gestion à un professionnel. Dès lors que ses obligations de diligences sont basées sur celles du mandataire, pour quelles raisons alourdit-on sa responsabilité par rapport à ce même mandataire, alors même qu'il n'a pas le choix de déléguer? Est-ce un choix délibéré du législateur de vouloir que les trustees professionnels deviennent également des gérants de fortune?

En droit anglo-saxon la responsabilité du trustee est limitée au choix du gestionnaire et à sa surveillance quand il délègue la gestion.

Pourquoi ne pas faire de même pour le trust suisse?

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529I

C. Patrimoine du
trust

I. En général

¹ Le trustee est propriétaire des biens du trust. Les biens du trust comprennent les choses, créances et autres droits et valeurs patrimoniales affectés au trust, au moment de sa constitution ou ultérieurement, leurs revenus, leurs accroissements et les biens acquis en remploi d'autres biens du trust.

² Lorsque le constituant est lui-même trustee, l'affectation ultérieure de biens dont il est propriétaire n'est valable que s'ils sont mentionnés précisément dans une déclaration écrite.

art. 529I ... quid à *contrario*?

BAROMÈTRE — Place financière suisse



► DISPOSITIONS SUPPLÉTIVES

Le projet de loi n'a pas de dispositions supplétives.

Les éléments fondamentaux lors de la création d'une fondation par exemple sont rappelés, si besoin, par le notaire en charge de l'acte de fondation.

Dans le cas où l'on oublierait un élément ou l'on devrait changer un élément au trust, devrait-on demander aux tribunaux de se prononcer?

Aller à chaque fois devant les tribunaux pour compléter le trust deed ne serait pas raisonnable. Les tribunaux sont déjà débordés et de plus cela coûte cher.

Il faudrait au minimum ajouter dans la loi (proposition d'un nouvel art. 529Ibis):

- Les directives pour les distributions applicables à défaut.
- Nominations de nouveaux trustees lors de décès ou démission par le survivant ou le constituant par défaut hors tribunal.
- Comment transférer la propriété du trust d'un trustee à l'autre.
- Nominations de nouveaux protecteurs par le trustee par défaut.
- En absence de protecteur l'administration et la distribution se font comme si les pouvoirs reviennent au trustee par défaut.
- Dispositions minimales sur les droits des trustees sur le patrimoine (art. 529I, il est propriétaire, ne devait-on pas également ajouter que, sous réserve des dispositions de l'acte, il a les droits équivalents sur les biens du trust?).

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529m

II. Inscription
dans un registre
public

Lorsqu'un bien du trust est inscrit dans un registre public, le trustee veille à ce que le lien avec le trust y soit mentionné. En l'absence de mention, le lien avec le trust n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

Cohérence avec l'**art. 962b**?

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529*n*

¹ Les biens du trust et les dettes qui les grèvent constituent un patrimoine séparé du patrimoine personnel du trustee. Le patrimoine du trust n'entre pas dans le régime matrimonial ni dans la succession du trustee.

² Les biens du trust ne répondent que des obligations prévues par les dispositions de l'acte de trust et de celles encourues par le trustee dans l'exécution régulière de ses fonctions. Ils sont soustraits à l'exécution forcée pour toute autre obligation.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529o

IV. Droits du
trustee sur le pa-
trimoine du trust

¹ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, le trustee a droit, à charge du patrimoine du trust:

1. au remboursement, en principal et intérêts, des avances et frais qu'il a faits;
2. à la libération des obligations qu'il a encourues dans l'exécution régulière de sa fonction;
3. à une rémunération appropriée;
4. à l'indemnisation du dommage qu'il a subi sans sa faute dans l'exécution régulière de sa fonction.

² Le trustee a un droit de rétention et peut invoquer la compensation sur les biens du trust pour toute créance exigible fondée sur l'al. 1.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529p

V. Obligation de
restitution du
trustee

¹ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, le trustee doit restituer au patrimoine du trust tout bien ou avantage qu'il aurait acquis ou reçu en rapport avec l'exécution de sa fonction, à quelque titre que ce soit.

² Lorsqu'en violation des dispositions de l'acte de trust, le patrimoine du trust a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien affecté à un autre patrimoine spécial du trustee, le trustee doit restituer au patrimoine du trust la contribution ainsi qu'une éventuelle part à la plus-value.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529q

¹ Lorsque le trustee aliène indûment un bien du trust, l'acquéreur est tenu de le restituer au patrimoine du trust selon les règles de l'enrichissement illégitime. D'autres prétentions fondées sur la présente loi sont réservées.

² La restitution peut être demandée par le constituant qui s'en est réservé le droit dans les dispositions de l'acte de trust, un autre trustee, un protecteur et chaque bénéficiaire.

³ Elle ne peut pas être demandée à un acquéreur de bonne foi et à titre onéreux.

Cohérence avec l'**art. 529m** et **962b**

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529r

VII. Menace
d'insolvabilité et
de surendette-
ment

Les dispositions du droit de la société anonyme régissant la menace d'insolvabilité et le surendettement ainsi que la réévaluation des immeubles et des participations sont applicables par analogie.

INSOLVABILITÉ DES TRUSTS

L'**article 529r** de l'avant-projet renvoie aux dispositions du droit de la SA pour la menace d'insolvabilité et le surendettement.

L'**article 725 CO** dit que lorsqu'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital action et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration doit convoquer l'AG et lui proposer des mesures d'assainissement (menace d'insolvabilité).

Son alinéa 2 parle du surendettement (dettes sociales ne sont plus couvertes).

Si le surendettement peut parfaitement s'appliquer à un trust, comment appliquer **l'alinéa 1**? En effet, il n'existe pas de capital action ni de réserves légales dans un trust.

Par conséquent, comment calculer la menace d'insolvabilité? Et qui remplace l'AG?

A nouveau, nous souhaiterions une solution claire et adaptée.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529s

¹ Sauf disposition contraire de l'acte de trust, les fonctions du trustee ou du protecteur prennent fin lorsque:

1. il démissionne de sa fonction;
2. 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;
3. il est frappé d'incapacité ou se trouve pour toute autre raison incapable d'exécuter ses obligations;
4. il décède.

² Lorsqu'un trustee ou un protecteur enfreint gravement ses obligations, un bénéficiaire, un trustee ou un protecteur peut demander sa révocation au tribunal.

³ Un nouveau trustee ou protecteur est désigné conformément aux dispositions de l'acte de trust ou, à défaut, par le tribunal.

⁴ Le transfert du patrimoine du trust requiert un contrat écrit entre l'ancien trustee et son successeur. Il peut prendre la forme d'une cession de patrimoine au sens de l'art. 181; la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion³ ne s'applique pas. Lorsque l'ancien trustee est une personne physique et qu'il n'y a pas d'autres trustees, le patrimoine du trust est transféré de plein droit au nouveau trustee au moment du décès de l'ancien trustee.

TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN CAS DE CHANGEMENT DE TRUSTEE

L'**article 529s al. 4** de l'avant-projet indique que le transfert de propriété du patrimoine du trust requiert un contrat écrit entre l'ancien et le nouveau trustee qui peut prendre la forme d'une cession de patrimoine au sens de l'**article 181 CO** (la loi sur les fusions est exclue).

Cet article impose une responsabilité solidaire du trustee sortant pendant 3 ans dès la notification aux créanciers.

Que signifie l'emploi du verbe pouvoir?

Est-ce au choix du trustee?

Qui va vouloir ainsi prolonger sa responsabilité de 3 ans?

A notre avis, l'introduction d'une responsabilité solidaire prolongée de 3 ans profite essentiellement au trustee entrant. Dès lors, nous proposons que la deuxième phrase de l'**article 529 s al. 4** soit modifiée de la façon suivante:

«Si le nouveau trustee l'exige, il doit prendre la forme ... »

Par ailleurs, lorsqu'il y a plusieurs trustees, l'avant-projet parle de propriété commune des trustees mais ne dit pas clairement comment doit être réglé le transfert de propriété en cas de changement de trustee. Le commentaire renvoie aux règles de la société simple. Il faudrait donc indiquer dans l'acte comment se règle la sortie des trustees. Nous souhaitons que cette disposition soit plus claire.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529*t*

E. Pouvoirs de
modification et
de dissolution

I. Modification

¹ L'acte de trust peut conférer au constituant, au trustee ou à un protecteur un pouvoir de modification pouvant notamment porter sur les dispositions définissant les bénéficiaires, la loi applicable et le for ou la compétence d'un tribunal arbitral.

² Toute modification des dispositions de l'acte de trust est faite en la forme écrite.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529u

II. Dissolution

¹ Le trust est dissout au terme ou aux conditions de l'acte de trust ou lorsqu'il n'existe plus de bénéficiaires, mais au plus tard 100 ans après sa constitution.

² Lorsque tous les bénéficiaires sont déterminés, ils peuvent dissoudre le trust de manière anticipée par un accord en la forme écrite. L'acte de trust peut réserver le consentement du constituant.

³ Lorsque le trust est dissout, les dettes sont acquittées et les biens restants sont distribués sans retard conformément aux dispositions de l'acte de trust.

DURÉE MAXIMALE DU TRUST

L'avant-projet de loi impose une durée maximale de 100 ans (**art. 529u**).

Si l'on admet que le constituant moyen à un âge d'environ 40 ans au moment de la constitution cela revient à faire des trusts pour moins de trois générations (sachant que l'espérance de vie augmente chaque année).

Ceci ne permet pas à nombres de trusts d'atteindre leur but (particulièrement s'il s'agit de faire perdurer une entreprise). Une telle limitation rend la plupart des trusts inutilisables pour l'industrie des trusts en Suisse.

La limitation de 100 ans a depuis longtemps été abandonnée dans toutes les juridictions modernes qui se veulent attractives.

Si la Suisse veut doter sa place financière de moyens modernes et attractifs il faudra abandonner cette limite.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529v

F. Procédure I. Interventions du tribunal

¹ Lorsqu'il existe un doute légitime sur la portée des droits et des obligations du constituant, du trustee ou du protecteur, chacun d'entre eux peut saisir le tribunal pour faire vérifier la conformité d'un acte envisagé avec l'acte de trust et la loi.

² A la demande du constituant qui s'en est réservé le droit dans les dispositions de l'acte de trust, d'un trustee, d'un protecteur ou d'un bénéficiaire, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte de trust ou prononcer sa dissolution pour des motifs objectivement justifiés et si les droits de bénéficiaires ou de tiers ne sont pas lésés.

³ Dans les cas visés aux al. 1 et 2, ainsi qu'aux art. 529b, al. 2 et 529u, al. 2 et 3, le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires sont préalablement invités à se déterminer. Lorsque tous les bénéficiaires ne sont pas encore identifiés, que leur identification présente des difficultés extraordinaires ou que pour un autre motif il n'est pas possible de les inviter à se déterminer dans un délai raisonnable, le tribunal peut désigner un représentant commun chargé de faire valoir leurs intérêts. Le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires sont liés par les décisions du tribunal.

L'Art. 529v al.2 semble rédigé de manière un peu trop large, en autorisant n'importe quel bénéficiaire à agir et modifier des dispositions de l'acte du trust, ce qui expose à des abus ou à des difficultés trop importantes pour le trustee. Cette faculté pourrait être réduite à l'ensemble d'une classe de bénéficiaires ou à un rentier bénéficiaire.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 529w

II. Arbitrage

¹ La clause d'arbitrage prévue par les dispositions de l'acte de trust lie le constituant, les trustees, les protecteurs et les bénéficiaires.

² Les dispositions de l'acte de trust peuvent prévoir que le tribunal arbitral est également compétent dans les cas visés aux art. 529b, al. 2, 529s, al. 2 et 3, 529v.

³ Le tribunal arbitral applique l'art. 529v, al. 3.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



II

La modification d'autres actes est réglée en annexe.

III

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Annexe
(ch. II)

Modification d'autres actes

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code civil suisse⁴

Art. 493

G. Fondations et
trusts

¹ La quotité disponible peut être consacrée, en totalité ou en partie, à une fondation ou à la constitution d'un trust.

² Les fondations et les trusts ne sont toutefois valables que s'ils satisfont aux exigences de la loi.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 528, al. 3

³ Pour les libéralités faites par affectation à un trust, l'action en réduction est exercée contre chaque bénéficiaire pour les prestations reçues par lui et contre le trustee pour le patrimoine du trust.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 962b

3. De liens avec
un trust

¹ Lorsqu'un immeuble est affecté à un trust, le lien avec le trust peut faire l'objet d'une mention.

² Le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

Article 962b, al.1 ... le lien avec le trust doit faire l'objet d'une mention.

Cohérence avec l'**art. 529m**

BAROMÈTRE — Place financière suisse



2. Code de procédure civile⁵

Section 7a: Trust

Art. 39a

L'élection de for fixée par les dispositions de l'acte de trust est valable pour les actions et les affaires de juridiction gracieuse relevant du droit des trusts. À défaut, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou d'un trustee, ou celui du lieu de l'administration du trust, est compétent.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 250, let. b, ch. 10 à 12

La procédure sommaire s'applique notamment dans les affaires suivantes:

b. partie spéciale:

10. désignation et révocation du trustee (art. 529b, al. 2 et 529s, al. 2 et 3 CO) et du protecteur (art. 529s, al. 2 et 3 CO),
11. obligation de rendre compte du trustee (art. 529i, al. 1 CO),
12. droit à l'information des bénéficiaires (art. 529i, al. 2, CO),
13. interventions en matière de trust (art. 529v CO).

BAROMÈTRE — Place financière suisse



3. Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁶

Art. 284a, al. 1 et 2

¹ Lorsque le patrimoine d'un trust répond d'une dette, la poursuite doit être dirigée contre un trustee en cette qualité.

² Le for de la poursuite est au domicile ou au siège du trustee, ou au lieu d'administration du trust.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



4. Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé⁷

Art. 5, al. 3, let. c

³ Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence:

- c. si, en cas de litige relevant du droit des trusts, un des cas mentionnés à l'art 149b, al. 2, est donné.

Quelle loi s'appliquerait à un trust dont le trustee est suisse mais dont la '*proper law*' est étrangère? La *Proper law* ou la loi suisse? Si l'on applique la LDIP qui renvoie à la convention de la Haye, c'est la loi indiquée dans l'acte qui est déterminante, mais cela ne concerne que les trusts ayant un élément étranger.

Que se passera-t-il pour les trusts purement suisses? Cela signifie-t-il qu'un résident suisse ne pourra plus du tout créer de trusts sous une loi étrangère? Si tel devait être le cas, cela n'irait pas dans le sens d'un élargissement de la palette d'outils existants pour la place financière (les trustees) mais plutôt vers une réduction.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 149b, al. 2, let. c

² Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence:

c. si le droit suisse est applicable au trust.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



5. Code pénal⁸

Art. 327a, titre marginal, phrase introductive et le. e

Violation des obligations du droit des obligations et du droit des sociétés sur la détention d'informations

Est puni d'une amende quiconque, intentionnellement, ne tient pas conformément aux prescriptions l'un des registres suivants ou la documentation suivante ou viole les obligations légales y relatives:

- e. pour un trust: la documentation sur les personnes visées à l'art. 529j CO.

ASPECT LEGISLATIF

Le Groupement (GSCGI) considère que la démarche législative concernant les trusts devrait demeurer de nature purement civile et fiscale, et ne pas s'étendre au cadre administratif et pénal qui est déjà réglementé par d'autres textes de loi (LBA & LEFin). Par ailleurs, les trustees sont à présent soumis à la surveillance de la FINMA.

Le Groupement (GSCGI) considère que cette décision du Parlement d'éviter la double punissabilité administrative et pénale devrait être la nouvelle jauge pour définir la pertinence de nouvelles règles de nature pénale.

Plus précisément, le Groupement suggère:

Art. 529j CO

De conserver dans cet avant-projet l'**art. 529j CO**, mais uniquement à titre supplétif à la LBA, à savoir pour les Trustees n'exerçant pas à titre professionnel au sens de l'article 7 OBA, concernant l'obligation de recueillir des informations sur le constituant, le protecteur, les bénéficiaires, etc. Pour les Trustees exerçant à titre professionnel, cette disposition n'apporte rien de plus de ce qui est d'ores et déjà prescrit dans la LBA et dans l'OBA-FINMA. Les trustees sont en effet des intermédiaires financiers au sens de la LBA et dès lors pleinement assujettis aux contraintes en matière d'identification et de documentation. Par ailleurs, ces contraintes n'ont pas nature à avoir une incidence au niveau du droit des contrats. La position du trustee est ainsi entièrement différente de celle des sociétés commerciales pour lesquelles le CO impose la connaissance des actionnaires et des ayants droit économiques à défaut d'une contrainte issue de la réglementation anti-blanchiment.

Le fait que l'obligation d'identification et de documentation serait prévue par deux textes légaux (CO et OBA-FINMA) exposerait le système légal au risque de contradictions. Tel est déjà le cas avec le délai de conservation de cinq ans prévu à l'**al. 6**, plus court que le délai de conservation issu de la réglementation AML.

Art. 327a lit. e CP

De conserver du projet l'**art. 327a lit. e CP**, mais uniquement à titre supplétif à la LBA, à savoir pour les Trustees n'exerçant pas à titre professionnel au sens de l'article 7 OBA. Pour les Trustees exerçant à titre professionnel, cette disposition (sociétés anonyme, Sàrl, Scoop, SICAV etc.). Pour ces autres catégories de personnes, l'**art. 327a CP** punit la non-connaissance des actionnaires et de leurs ayants droit économiques et non pas celle de

leurs clients éventuels, alors que pour les trustees, l'infraction se rapporterait à la non connaissance des bénéficiaires et des autres intervenants du trust. Notons qu'en tant que société, le trustee, serait déjà soumis à cette disposition pénale s'agissant de la connaissance des actionnaires qualifiés et de leurs ayants droit économique. Par ailleurs, l'**art. 327a lit. e CP** pourrait entrer en conflit avec l'actuel **art. 305ter CP** qui lui vise l'absence d'identification des ayants droit économiques des valeurs patrimoniales confiées.

D'une façon générale, le Groupement s'interroge sur la nécessité de criminaliser le défaut d'identification, du fait que la violation de la LBA justifie désormais, depuis l'entrée en vigueur de la LEFin, une intervention de la FINMA directement ou au travers des Organismes de surveillance envers le trustee. Le comportement répréhensible se verrait ainsi doublement puni, au niveau administratif et pénal. Le Parlement s'est déjà exprimé contre la double incrimination en cas de violation de normes de comportement professionnelles lors de l'adoption de la LEFin. L'**art. 92 LEFin**, introduit sur demande du Conseiller aux Etats Martin Schmid (Grisons), exclut en effet du dispositif pénal des **art. 89 à 91 LEFin** les assujettis au sens de l'**art. 3 LFINMA** du fait qu'ils sont déjà soumis au pouvoir de sanction de la FINMA.

Le Groupement considère que cette décision du Parlement d'éviter la double punissabilité administrative et pénale devrait être la nouvelle jauge pour définir la pertinence de nouvelles règles de nature pénale.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



6. Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct⁹

Art. 10a Trusts

¹ Les revenus du trust sont ajoutés aux revenus du constituant lorsque le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust.

² 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.

³ Dans les autres cas, le trust est imposé comme une fondation. Il est assujéti de manière illimitée dès lors qu'un bénéficiaire au moins est assujéti en Suisse à raison de son rattachement personnel. Son assujétissement illimité ne concerne pas les bénéficiaires sans rattachement personnel. Lorsque les bénéficiaires ne peuvent pas être déterminés, le trust est assujéti de manière illimitée si le fondateur est rattaché personnellement à la Suisse ou s'il l'était au moment de son décès.

⁴ Si le trust au sens de l'al. 3 est domicilié à l'étranger en vertu de la convention contre les doubles impositions applicable, les revenus du trust sont ajoutés à ceux du fondateur.

La modification prévue de la législation fiscale en matière de trusts, impose plus lourdement les trusts entièrement discrétionnaires et irrévocables dont le settlor et/ou le bénéficiaire est résident en Suisse. En effet, d'après le projet, le patrimoine serait imposé 3 fois:

- au moment de la création du trust comme donation si le constituant est suisse,
- en cours d'existence comme une fondation/sujet indépendant si un des bénéficiaire est résident en Suisse,
- au moment de la distribution, impôt sur le revenu pour le bénéficiaire résident en Suisse.

Quel intérêt aurait-il un résident suisse à utiliser un tel outil vu qu'il péjore la situation au niveau fiscal?

A notre avis, on devrait conserver le statu quo où soit le patrimoine est taxé au moment de la donation au trust, soit il est taxé au moment de la distribution mais pas les deux, en tout cas pas pour la part donnée.

Cette approche permettrait au Trust Suisse d'être attractif tant pour une clientèle (personnes physiques et morales) suisse qu'étrangère (résidente et non-résidente), et d'être efficacement en concurrence avec le Trust anglo-saxon afin de créer ainsi des nouvelles opportunités d'affaires pour la place financière suisse.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 24, let. a,

Sont exonérés de l'impôt:

- a. les dévolutions de fortune ensuite d'une succession, d'un legs, d'une donation ou de la liquidation du régime matrimonial ; dans le cadre d'une fondation ou d'un trust, l'existence d'une succession, d'un legs ou d'une donation dépend de la volonté de la personne qui a transmis les valeurs patrimoniales et à laquelle ces valeurs patrimoniales avaient été attribuées à des fins fiscales;

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 55, al. 5

⁵ Les bénéficiaires et les constituants assujettis de manière illimitée en Suisse sont solidairement responsables des impôts d'un trust au sens de l'art. 10a, al. 3 ou 4.

Quid de l'assimilation à un Trust de droit suisse nouvellement créé (**art.55 al.4**)?

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 67a Trusts

L'art. 10a s'applique par analogie aux gains des trusts.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Insérer avant le titre du chapitre 2

Art. 205g Disposition transitoire concernant la modification du ...

L'ancien droit s'applique aux trusts qui ont été constitués avant l'entrée en vigueur de la modification du Sont exclus les trusts auxquels le constituant attribue des biens, des créances ou d'autres valeurs patrimoniales après cette date.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 207c Disposition transitoire concernant la modification du ...
L'art. 205g est applicable par analogie.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



7. Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes¹⁰

Art. 6a Trusts

¹ Les revenus et la fortune du trust sont ajoutés à ceux du constituant lorsque le constituant ne renonce pas définitivement au patrimoine du trust.

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

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

³ Dans les autres cas, le trust est imposé comme une fondation. Il est assujéti de manière illimitée dès lors qu'un bénéficiaire au moins est assujéti dans le canton à raison de son rattachement personnel. Son assujétissement illimité ne concerne pas les bénéficiaires sans rattachement personnel dans le canton. Lorsque les bénéficiaires ne peuvent pas être déterminés, le trust est assujéti de manière illimitée si le constituant est rattaché personnellement au canton ou s'il l'était au moment de son décès. L'al. 3 demeure réservé.

⁴ Si le trust visé à l'al. 3 est domicilié à l'étranger en vertu de la convention contre les doubles impositions applicable, ses revenus sont ajoutés à ceux du constituant.

La modification prévue de la législation fiscale en matière de trusts, impose plus lourdement les trusts entièrement discrétionnaires et irrévocables dont le settlor et/ou le bénéficiaire est résident en Suisse. En effet, d'après le projet, le patrimoine serait imposé 3 fois:

- au moment de la création du trust comme donation si le constituant est suisse,
- en cours d'existence comme une fondation/sujet indépendant si un des bénéficiaire est résident en Suisse,
- au moment de la distribution, impôt sur le revenu pour le bénéficiaire résident en Suisse.

Quel intérêt aurait-il un résident suisse à utiliser un tel outil vu qu'il péjore la situation au niveau fiscal?

A notre avis, on devrait conserver le statu quo où soit le patrimoine est taxé au moment de la donation au trust, soit il est taxé au moment de la distribution mais pas les deux, en tout cas pas pour la part donnée.

Cette approche permettrait au Trust Suisse d'être attractif tant pour une clientèle (personnes physiques et morales) suisse qu'étrangère (résidente et non-résidente), et d'être efficacement en concurrence avec le Trust anglo-saxon afin de créer ainsi des nouvelles opportunités d'affaires pour la place financière suisse.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Art. 7, al. 4, let. c

Sont seuls exonérés de l'impôt:

- c. les dévolutions de fortune ensuite d'une succession, d'un legs, d'une donation ou de la liquidation du régime matrimonial; dans le cadre d'une fondation ou d'un trust, existence d'une succession, d'un legs ou d'une donation dépend de la volonté de la personne qui a transmis les valeurs patrimoniales et à laquelle ces valeurs patrimoniales avaient été attribuées à des fins fiscales.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Insérer avant le titre de la section 2

Art. 26b Trusts

L'art. 6a s'applique par analogie aux gains et à la fortune des trusts.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



Insérer avant le titre du chapitre 4

Art. 78h Disposition transitoire relative à la modification du ...

L'ancien droit s'applique aux trusts qui ont été fondés avant l'entrée en vigueur de la modification du Sont exclus les trusts auxquels le constituant attribue des biens, des créances ou d'autres valeurs patrimoniales après cette date.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



8. Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé¹¹

Art. 21, al. 1, let. a^{bis}

¹ L'ayant droit au sens des art. 22 à 28 peut demander le remboursement de l'impôt anticipé retenu à sa charge par le débiteur:

a^{bis}. pour les revenus générés par le patrimoine du trust, s'ils sont pris en compte selon les dispositions de l'art. 10a ou 67a LIFD¹²;

BAROMÈTRE — Place financière suisse



9. Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers¹³




Art. 17, al. 2

² Est réputé trustee quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé sur la base de l'acte constitutif d'un trust.

BAROMÈTRE — Place financière suisse



GSCGI—Tableau recapitulatif du Baromètre/place financière

ARTICLE			
CO 529a		x	
CO 529b		x	
CO 529c		x	
CO 529d		x	
CO 529e	x		
CO 529f	x		
CO 529g			x
CO 529h	x		
CO 529i	x		
CO 529j		x	
CO 529k			x
CO 529l		x	
CO 529l bis		x	
CO 529m		x	
CO 529n	x		
CO 529o	x		
CO 529p	x		
CO 529q		x	
CO 529r		x	
CO 529s		x	
CO 529t	x		
CO 529u			x
CO 529v		x	
CO 529w	x		
CC art. 493	x		
CC art. 528 Al. 3	x		
CC art. 962b		x	
Code Proc. Civile 39a	x		
CPC 250, let.b, ch 10 à 12	x		
Dettes-faillite 284a, al. 1 & 2	x		
Droit Intl Privé 5, al.3, let.c		x	
DIP 149b, al.2, let.c	x		
CP 327a... & let. e		x	
IFD art. 10a			x
IFD art. 24, let. a,	x		
IFD art. 55, al 5		x	
IFD art. 67a		x	
IFD art. 205g	x		
IFD art. 207c	x		
ICC art. 6a			x
ICC art. 7, al. 4, let. c	x		
ICC art. 26b		x	
ICC art. 78h	x		
Impôt anticipé art.21,al.1, let. a ^{bis}	x		
LEFin Art. 17, al.2	x		



Betreibungs- und Konkursamt, Engelbergstrasse 34, 6371 Stans

Per Mail
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
zz@bj.admin.ch

6371 Stans, 29. April 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit, uns zur oben erwähnten Vorlage vernehmen zu lassen, danken wir Ihnen bestens.

Grundsätzliche Bemerkungen

Obwohl ausländische Trusts nach Lehre und Rechtsprechung seit langem in der Schweiz anerkannt werden können und seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens eine ausdrückliche Rechtsgrundlage besteht, stellen wir fest, dass das Instrument des Trusts bisher in der Zwangsvollstreckung durch Betreibungs- und Konkursämter eine geringe praktische Rolle spielt. Dies deckt sich mit der Feststellung im Erläuternden Bericht (1.1.3.3), wonach Personen in der Schweiz nur zurückhaltend ausländische Trusts einsetzen. Offenbar ist das Instrument entweder wenig bekannt, oder die Implementierung eines ausländischen Trusts für die allermeisten Schuldner zu aufwändig, so dass die Betreibungs- und Konkursämter selten mit der Situation konfrontiert sind, dass Vermögenswerte, evtl. in der Absicht sie der Zwangsvollstreckung zu entziehen, durch einen Trust gehalten werden. Die Bestimmungen von Art. 284a und 284b SchKG haben denn auch in der Praxis kaum Bedeutung erlangt.

Es ist zu erwarten, dass sich dies mit einer Einführung des Trusts im schweizerischen Recht ändern wird, indem die bei der Errichtung eines Trusts entstehenden Rechtsberatungskosten, Honorare für Trustees, Übersetzungskosten usw. bei einer Gründung im Inland in geringerem Mass anfallen dürften. Dies gilt umso mehr, als die Vorlage darauf zielt, die formellen und administrativen Anforderungen sehr tief auszugestalten. **Mit Blick auf ausländische Rechtsordnungen ist festzustellen, dass der Entwurf ausserordentlich weit geht, indem er, abgesehen vom als selbstverständlich vorauszusetzenden Vorbehalt in Art. 529b Abs. 6, auf jegliche Einschränkungen zum Gläubigerschutz verzichtet** und selbst *revocable trusts*, welche in den meisten Rechtsordnungen keine «asset protection» verschaffen, der Zwangsvollstreckung entzieht.

Es scheint uns unabdingbar, dass dem Instrument des Trusts innewohnenden **Missbrauchspotential** im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung ausreichend Beachtung geschenkt wird.

Wir stellen fest, dass diese Thematik weder Eingang in die Vorlage noch in den Erläuternden Bericht gefunden hat und eine Regulierungsfolgenabschätzung in Bezug auf die erschwerte Zwangsvollstreckung gegen Trustbegründer fehlt. **Der Entwurf bedarf dahingehend einer grundlegenden Überarbeitung.**

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass selbst ausgebaute Bestimmungen zum Gläubigerschutz – welche der Entwurf *nicht* enthält – nicht vollständig zu kompensieren vermögen, dass **das Institut des Trusts per se die Zwangsvollstreckung** gegen Schuldner, die einen solchen errichtet haben oder daraus begünstigt sind, **erschwert**. In der Praxis zeigt sich, dass Klagen, mit denen den Gläubigern entzogenes Haftungssubstrat zurückgeführt werden könnte (namentlich die «paulianischen Anfechtungsklagen» nach Art. 285 ff. SchKG), auch bei offensichtlich erfülltem Tatbestand meist unterbleiben, da die betroffenen Gläubiger bzw. Konkursverwaltungen das Prozessrisiko als zu hoch einschätzen. Wir kommen daher nicht umhin festzustellen, dass die Einführung eines schweizerischen Trusts **im Widerspruch zu den jüngst beschlossenen Massnahmen zur Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse** steht. Nachfolgend beschränken wir uns darauf, **exemplarisch** auf einzelne Bestimmungen hinzuweisen, die aus unserer Sicht negative Auswirkungen auf eine wirksame Zwangsvollstreckung haben können.

Form der Begründung: Art. 529a OR

Das Erfordernis der (bloss) einfachen Schriftlichkeit bei der Errichtung eines Trusts kann nicht verhindern, dass die Trusturkunde rückdatiert und/oder mehrere unterschiedliche Fassungen der Trusturkunde erstellt werden. Dadurch kann beispielsweise der Anschein einer Errichtung vor den Anfechtungsfristen von Art. 285 ff. SchKG bzw. Art. 527 Ziff. 3 ZGB erweckt werden, um sich einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen und den gemäss Art. 529b Abs. 6 eigentlich vorbehaltenen Schutz der Gläubiger, des Ehegatten oder der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners sowie der Erben des Begründers zu unterlaufen.

Auf der Hand liegt weiter die Möglichkeit einer Täuschung der Steuerbehörden durch unterschiedliche Trusturkunden, indem die Errichtung eines *irrevocable fixed interest trust* vorgespiegelt wird, während gegenüber dem Trustee die Kontrolle in Form eines *revocable* oder *irrevocable discretionary trust* vorbehalten wird.

Zur Verhinderung von Missbräuchen und zur Gewährleistung von Rechtssicherheit ist es **unabdingbar, dass sowohl der Zeitpunkt der Errichtung des Trusts als auch der Inhalt der Trusturkunde jederzeit zweifelsfrei festgestellt werden kann**. Sofern wie vorgeschlagen auf die Einrichtung eines Trustregisters verzichtet wird, ist dazu einzig das bewährte Instrument der **öffentlichen Beurkundung** geeignet.

Den Schaden, der den Gläubigern und weiteren Beteiligten durch vorgespiegelte oder zeitlich vorverlegte Vermögensverschiebungen droht, schätzen wir bei einer derart vereinfachten, quasi durch einen Federstrich möglichen Trusterrichtung – insbesondere da Begründer und Trustee die gleiche Person sein können – als sehr erheblich ein. Es ist unschwer abzusehen, dass damit **die Zwangsvollstreckung gegen eigentlich vermögende Schuldner in vielen Fällen ins Leere zu laufen droht**.

Vor diesem Hintergrund ist dringend davon abzusehen, eine Trustbegründung durch einfache Schriftlichkeit zuzulassen. In diesem Sinn beantragen wir, Abs. 2 wie folgt zu fassen:

² *Der Trust wird durch öffentliche Urkunde oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet.*

Arten zulässiger Trusts (Art. 529c und 529d OR)

Soweit ersichtlich ist in ausländischen Rechtsordnungen – auch solche von Offshore-Finanzplätzen wie den Cayman Islands – die Errichtung bestimmter Formen von Trusts wie z. B. von *settlor-interested trusts* regelmässig gewissen Einschränkungen unterworfen, durch die der Anwendungsbereich beschränkt wird (z. B. auf im Ausland wohnhafte Personen) oder in gewissem Mass

Transparenz geschaffen wird (z. B. indem eine dazu lizenzierte Firma als Trustee eingesetzt werden muss; so auf den Cayman Islands).

Auf solche Differenzierungen verzichtet der Entwurf gänzlich. Somit soll es möglich sein, jede Form (*revocable/irrevocable*) von Trust in jeder Konstellation, in der die Rollen von Begründer, Trustee und Begünstigten ganz oder teilweise zusammenfallen, zu errichten, mit der einzigen Ausnahme, dass der Trustee nicht einziger Begünstigter sein darf. Dies erlaubt **diverse höchst problematische Konstellationen**:

- Der Begründer setzt sich selber als begünstigte Person ein (*settlor-interested trust*): Solche Trusts sind als “asset protection trusts” bekannt, da sie regelmässig bezwecken, das Vermögen des Begründers vor dessen (aktuellen oder künftigen) Gläubigern zu schützen. Die Absicht, seine Gläubiger zu schädigen, ist bei solchen Trusts nachgerade zu vermuten. Dass ein solches Konstrukt selbst in der Form als *revocable trust* anerkannt werden soll, ist nicht nachvollziehbar und hat soweit ersichtlich kein Vorbild in ausländischen Rechtsordnungen.
- Wenn der Trustee selber Begünstigter ist, ist die in Art. 529h Abs. 3 OR postulierte Unabhängigkeit offensichtlich nicht gegeben. Besonders fragwürdig ist es, wenn der Trustee – wie es der Entwurf vorsieht – sich selber nach eigenem Ermessen Leistungen ausrichten kann, denn wer sich aus einem Vermögen selber bedienen kann, ist in Wirklichkeit die wirtschaftlich berechnete Person und kein “Trustee”.
- Der Begründer, der sich selber als Trustee eines *revocable trust* oder eines *irrevocable discretionary trust* einsetzt, behält faktisch die Kontrolle über sein formal dem Trust gewidmetes Vermögen, wie wenn kein Trust errichtet worden wäre. In dieser Konstellation findet keine Eigentumsübertragung, sondern bloss eine Zuwidmung auf dem Papier statt, ohne dass sich an den wirtschaftlichen Verhältnissen irgendetwas ändert. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine solche Konstellation den Schutz als Trust verdienen soll.

Aufgrund der Vielzahl von Möglichkeiten, welche Art. 529e und 529f dem Begründer und allfälligen Protektoren einräumen, ist gar nicht abzuschätzen, welche weiteren Konstellationen sich als problematisch und missbräuchlich erweisen könnten.

Es erstaunt, dass bei der Einführung eines im schweizerischen Recht bislang abgelehnten Instituts von Anfang an ein derart grosses Mass an Gestaltungsfreiheit gewährt werden soll. **Die Konsequenzen einer solchen auch im Vergleich mit Offshore-Finanzplätzen geringen Reglungsdichte scheinen uns nicht durchdacht.**

Höchstpersönlichkeit der Befugnisse des Begründers (Art. 529e OR)

Da die Befugnisse des Begründers und der Protektoren höchstpersönlich auszuüben sind, bleibt das dem Trust zugewidmete Vermögen der Zwangsvollstreckung gegen den Begründer entzogen, selbst wenn es sich um einen *revocable trust* handelt und der Begründer somit jederzeit die Vermögenswerte zurückrufen und darüber verfügen kann. **Diese Bestimmung ist ohne Vorbild in ausländischen Rechtsordnungen**, die sog. *spendthrift clauses* im allgemeinen nur bei *irrevocable trusts* zulassen.

Es ist unverständlich, dass Vermögenswerte, die der Trustbegründer via Widerruf jederzeit zurückrufen kann, bei diesem nicht gepfändet bzw. zu seiner Konkursmasse gezogen werden können sollen. Die Bestimmung bedarf einer Ergänzung, beispielsweise wie folgt:

³ Sind gegen den Begründer Verlustscheine ausgestellt worden, kann jeder Gläubiger auf Widerruf oder Auflösung des Trusts klagen, sofern die Trusturkunde dem Begründer diese Befugnisse einräumt.

⁴ Im Konkurs des Begründers übt die Konkursverwaltung dessen Befugnisse aus.

Passivlegitimation des Trustees und Gerichtsstand (Art. 529g OR, Art. 39a ZPO, Art. 149b IPRG)

Wenn die Trusturkunde keinen Gerichtsstand in der Schweiz bezeichnet und kein Trustee seinen Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hat, besteht keinerlei Möglichkeit, in Angelegenheiten des nach schweizerischem Recht verfassten Trusts vor schweizerische Gerichte zu gelangen. Diese Konsequenz ist besonders stossend, wenn Begründer oder Begünstigte in der Schweiz wohnhaft sind oder das Vermögen des Trusts in der Schweiz liegt. Dadurch wird insbesondere die **Anfechtung von Zuwendungen an einen Trust**, sei es durch Gläubiger oder durch pflichtteilsgeschützte Erben, **übermässig erschwert oder verunmöglicht**. Es ist daher zu fordern, dass die Trusturkunde für den Fall des Fehlens eines schweizerischen Sitzes bzw. Wohnsitzes eines Trustees zwingend einen (Ersatz-)Gerichtsstand in der Schweiz bezeichnen muss.

“Schweizerische” Trusts ohne Bezug zur Schweiz (Art. 529j OR)


Der Umstand, dass ein Trust nach schweizerischem Recht begründet werden kann, ohne dass eine der beteiligten Personen in der Schweiz ansässig ist, ermöglicht es Personen im Ausland, in der Schweiz Vermögen unter Ausschluss jeder Zwangsvollstreckung zu parkieren, ohne dass in der Schweiz irgendeine Person dafür greifbar ist. In diesem Fall können weder die in Art. 529j OR postulierten Identifikations- und Dokumentationspflichten durchgesetzt werden, noch kann der Trust vor schweizerischen Gerichten in irgendeiner Form angefochten oder in Frage gestellt werden, da es an einem Gerichtsstand bzw. an einer beklagten Partei fehlt.

Es ist offensichtlich, dass solche Trusts ohne Bezugspersonen in der Schweiz mit einem hohen Risiko für Geldwäscherei und andere Missbräuche verbunden sind und dadurch **einzig ein Reputationsrisiko für die Schweiz, aber keine Arbeitsplätze** schaffen.

Für Ihre Kenntnisnahme danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und
Konkursbeamten der Schweiz



Armin Budliger, Präsident



Dr. Matthias Häuptli, Sekretär



Par courriel

zz@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Berne, 29.04.2022

Introduction du trust dans le droit suisse

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 3 mars 2022, sur le projet d'introduction du trust dans le droit suisse. Nous remercions M. Philipp Weber et Mme Patricia Cartier de votre office ainsi que M. Reto Braun de l'Administration fédérale des contributions d'avoir participé à notre réunion et de nous avoir présenté les différents aspects du projet mis en consultation.

Les membres de notre commission sont favorables à l'introduction du trust dans le droit suisse, car il offrira aux entreprises et résidents de notre pays un nouveau véhicule juridique flexible, fiable et approprié pour la détention et la transmission de patrimoine. L'introduction du trust dans le code des obligations créera par ailleurs de nouvelles opportunités d'affaires pour les prestataires de services liés au trust. Comme le montrent les résultats de l'analyse d'impact de la réglementation, réalisée par le bureau d'études BASS¹, le trust suisse permettra de créer une importante plus-value. Dans le scénario le plus optimiste, le gain total pour les prestataires de services et les clients en Suisse s'élèvera à environ 459 millions de francs par année. Le trust aura donc un effet positif sur l'attractivité de la place financière, en mettant à sa disposition un outil lui permettant de rester compétitive au niveau international, et contribuera ainsi à dynamiser la place économique dans son ensemble.

Nous avons pris note que le projet mis en consultation tient compte des engagements de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, ainsi que dans le domaine de la transparence fiscale. Il est en effet à notre avis essentiel que les nouvelles dispositions soient pleinement conformes aux exigences du GAFI et du Forum

¹ Voir : Mario Morger et Roman Liesch, « Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen ». Berne, 2019. Peut être consulté sous www.seco.admin.ch > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > [Trust 2019](#).

mondial, en ce qui concerne notamment les obligations d'identification et de vérification des ayants-droit économiques par le trustee.

Du point de vue des PME et comme le montrent différentes études², le trust suisse serait particulièrement intéressant pour la transmission d'entreprises familiales. Selon les analyses réalisées par la société Dun & Bradstreet³, plus de 93'000 entreprises en Suisse font actuellement face à un problème de transmission. Le rapport explicatif mis en consultation n'indique cependant pas dans quelle mesure le nouveau trust suisse pourrait contribuer à résoudre les problèmes dans ce domaine. Nous demandons que des informations concernant les nouvelles possibilités offertes par le trust suisse en matière de transmission d'entreprises figurent dans le futur message avec, dans la mesure du possible, des informations sur les bénéfices pour les PME concernées et l'économie dans son ensemble.

En ce qui concerne le volet fiscal du projet, les membres de notre commission estiment qu'il devrait être intégralement rejeté. Les nouvelles règles proposées sont en effet susceptibles de réduire à néant l'usage du trust suisse. Il y a en outre un fort risque que les constituants, trustees et bénéficiaires de trusts étrangers déjà constitués quittent la Suisse en raison des règles prévues, qui seront beaucoup moins favorables qu'aujourd'hui. Les trusts de droit étranger sont actuellement soumis à un régime fiscal qui satisfait à la fois les contribuables et les autorités fiscales suisses. Aucune modification de la pratique actuelle n'est donc souhaitable ou nécessaire.

Espérant que nos recommandations seront prises en compte, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question éventuelle.



Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Industriel, représentant de l'Union
suisse des arts et métiers



Dr. Eric Jakob
Co-Président du Forum PME
Ambassadeur, Chef de la promotion
économique du Secrétariat d'Etat à l'économie

Copies à : Commissions des affaires juridiques du Parlement

² Voir p.ex. : Prof. Dr. iur. Luc Thévenoz, « La transmission d'entreprise au moyen d'un trust suisse ». In : Rita Trigo Trindade, Rashid Bahar et Giulia Neri-Castrane « *Vers les sommets du droit : Liber amicorum pour Henry Peter* ». Genève, Schulthess, 2019, pp. 239-250.

³ Voir : Dun & Bradstreet, « [KMU Nachfolge Schweiz 2022](https://www.dnb.com/fr/fr/press/press-releases/2022/04/kmu-nachfolge-schweiz-2022) », avril 2022. Peut être consulté sous www.dnb.com > Über uns > Presse, PR Updates & News.

Philipp Adam, Präsident
c/o Amtsschreiberei-Inspektorat
Bielstrasse 9
4502 Solothurn

+41 32 627 75 80
philipp.adam@fd.so.ch
grundbuchfuehrung.ch

KSG – CSRF – CSRF Bielstrasse 9, 4502 Solothurn

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Unsere Referenz: ADP / HOT
Ihre Referenz: ---

29. April 2022

Stellungnahme zum Vorentwurf und zum erläuternden Bericht "Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts"

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der Schweizerischen Grundbuchführung (vormals Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorentwurf betreffend Schaffung eines Trusts als neues Rechtsgefäss im Schweizer Obligationenrecht in einem neuen Titel 22^{bis}. Die KSG ist ein Verein, dessen Mitglieder mit der Führung des Grundbuches oder der Aufsicht über die Grundbuchführung betraut oder die in ihrer beruflichen Tätigkeit mit dem Grundbuchwesen eng verbunden sind.

Die Schaffung eines Trusts in der vorgeschlagenen Form wird die Grundbuchämter voraussichtlich vor keine nennenswerten Schwierigkeiten stellen, sofern gewisse Vorschriften noch präzisiert werden. Sind Grundstücke Teil des Trustvermögens, erfolgt deren Übertragung auf den oder die Trustee(s) grundsätzlich gestützt auf einen öffentlich beurkundeten Vertrag. Damit sollte gewährleistet sein, dass dem Grundbucheintrag ein zuverlässiger Rechtsgrundaussweis zugrunde liegt, was mit einer bloss schriftlichen Trusturkunde allein nicht der Fall wäre. Des Weiteren ist vorgesehen, die Zugehörigkeit eines Grundstückes zum Trustvermögen im Grundbuch anzumerken, was wir begrüßen.

Zu anerkennen ist sodann, dass der Trust gerade für die Nachlassplanung neue Optionen eröffnen kann, die heute zumindest von einem kleinen Kreis von Personen vermisst werden. Die erwartete Steigerung der Steuereinnahmen von etwa 57 Millionen Franken jährlich (erl. Bericht Ziff. 1.4 S. 34) beurteilen wir allerdings als eher bescheiden. Diese allein rechtfertigt die Übernahme eines angelsächsischen Rechtsinstituts ins Schweizer Recht kaum.

Trotz dem vorstehend Gesagten stellen sich für die KSG verschiedene Fragen und auch einige kritische Punkte der Vorlage werden nachstehend angesprochen.

1. Die gewählte **Terminologie** erscheint nicht konsequent zu sein. Für das Rechtsinstitut selbst und den Verwalter des Trusts werden englische Ausdrücke vorgeschlagen, während für die weiteren beteiligten Personen (Begründer und Begünstigte) Entsprechungen in den Amtssprachen gefunden wurden. Wir sind der Ansicht, dass ein eigenständiges Schweizer Trustrecht mit Begriffen in unseren Amtssprachen auskommen sollte. Dass das möglich ist, zeigt das französische Recht.
2. Gemäss **Art. 529a VE-OR** wird der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet. Unseres Erachtens gilt es, die Formvorschrift der Schriftlichkeit noch einmal zu überdenken. Die Begründung eines Trusts stellt für den Begründer ein wichtiges Rechtsgeschäft dar, das nicht übereilt und ohne vorangehende fundierte Beratung abgeschlossen werden sollte. Die Bezeichnung der Begünstigten, die Definition von Anwartschaften oder die Formulierung von wichtigen Gründen, welche zur Verweigerung von Auskünften an die Begünstigten berechtigen, werden sehr häufig anspruchsvoll sein. Im Fall von späteren Änderungen der Trusturkunde muss das Verhältnis zum ursprünglichen Begründungsakt eindeutig geregelt werden. Das alles spricht dafür, die Trusterrichtung der öffentlichen Beurkundung zu unterstellen. In der Folge könnte allenfalls auf separate Handänderungsverträge für Grundstücke verzichtet werden, da es möglich wäre, Eigentum, Forderungen und andere Rechte direkt gestützt auf die Trusturkunde auf den Trustee übergehen zu lassen. Analoges ist heute schon bei der Errichtung einer Stiftung der Fall. Auch eine partielle Universalsukzession nach dem Vorbild der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz könnte, nebst der jetzt vorgeschlagenen Singularsukzession in Anwendung von Art. 181 OR, diskutiert werden.

Im erläuternden Bericht (S. 88) wird ausgeführt, die Begründerin könne dem Erbtrust Vermögenswerte direkt durch Erbeinsetzung oder durch Vermächtnis zuwidmen. Unklar bleibt dabei, wie eine entsprechende Verfügung erbrechtlich auszugestalten ist. Da der Trust keine juristische Person ist, seine Definition gar "ein heikles Unterfangen" sei (erl. Bericht Ziff. 1.1.2, S. 9), wird der Erblasser den Trustee als Erben einsetzen oder ihm ein Vermächtnis zuwenden müssen. Damit ist es aber noch nicht getan. Es wird eine zusätzliche erbrechtliche Anordnung brauchen, um die Entstehung des Sondervermögens sicherzustellen. Der Erbe oder Vermächtnisnehmer muss entweder (mittels Auflage?) verpflichtet werden, die ihm zugewandten Vermögenswerte einem Trustee zu übertragen oder er ist ausdrücklich als Erbe/Vermächtnisnehmer und zugleich Trustee zu bezeichnen. Letzteres erscheint allerdings als widersprüchlich, da der Trustee in aller Regel nicht im erbrechtlichen Sinne begünstigt sein dürfte. Es stellt sich die Frage, ob die Einführung eines Schweizer Trusts nicht auch im Erbrecht Anpassungen erforderlich macht, die im Vorentwurf noch nicht vorgesehen sind.

3. Dass bei der Errichtung des Trusts durch Verfügung von Todes wegen auf die Bezeichnung des Trustees verzichtet werden kann (**Art. 529b Abs. 2 VE-OR**) ist nicht sinnvoll. Im Fall einer (Dauer-)Willensvollstreckung wird verlangt, dass die beauftragte Person vom Erblasser selber bestimmt wird. Das muss auch für den Trustee gelten, dem eine sehr wichtige Funktion zukommt und der über weitreichende Kompetenzen verfügt (vgl. z.B. Art. 529d Abs. 1 VE-OR; Anwartschaften welche im Ermessen des Trustees liegen).

4. Entgegen **Art. 529b Abs. 3 VE-OR** sollte in allen Fällen die genaue Benennung der dem Trust gewidmeten Vermögenswerte verlangt werden. Geschieht das nicht, sind Rechtsstreitigkeiten absehbar, zumal dem Inventar gemäss Art. 529h Abs. 2 Ziff. 2 VE-OR keine konstitutive Wirkung zukommt (erl. Bericht S. 95 zweiter Spiegelstrich).
Gemäss dem erläuternden Bericht (S. 89) gilt die Bezeichnung der Vermögenswerte in der Erklärung der Begründerin oder des Begründers als Verfügungsgeschäft, das die Übertragung des Vermögens ersetzt, die bei der Errichtung eines Trusts mit einer Drittperson als Trustee erforderlich ist. Es stellt sich allerdings die Frage, worin die Verfügung besteht. Bei einer Trusterrichtung nach Art. 529b Abs. 3 VE-OR werden weder das Eigentum noch Rechte von einer Person auf eine andere übertragen. Aufgrund von Art. 529b Abs. 4 VE-OR wird lediglich ein Teil des Vermögens des Begründers mit einem Namensschild (Bezeichnung zur Identifikation des Trusts, die jedoch nicht zwingend ist) versehen. Es fällt schwer, darin eine Verfügung, wie sie im Schweizer Recht verstanden wird (vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 11. A., Rz. 137), zu erblicken.
5. In Art. **529b Abs. 5 VE-OR** fehlt der sich aus Art. 529b Abs. 3 VE-OR ergebende Vorbehalt. Sind Begründer und Trustee identisch, fehlt es sowohl an einer schriftlichen Zustimmungserklärung als auch am Erwerb der zugewidmeten Vermögenswerte. In welchem Zeitpunkt der Trust im Fall einer Errichtung nach Art. 529b Abs. 3 VE-OR rechtswirksam wird, ist nicht geregelt.
6. Das Verhältnis von **Art. 529b Abs. 6 VE-OR** zur Biens-aisément-négociables-Doktrin des Bundesgerichts ist unseres Erachtens unklar (vgl. auch die Bemerkungen in Ziffer 10 unten).
7. Der erläuternde Bericht führt aus (S. 94), Co-Trustees seien Miteigentümerinnen bzw. Miteigentümer des gesamten Trustvermögens. **Art. 529g Abs. 5 Ziff. 1 VE-OR** spricht dagegen nur von einer gemeinschaftlichen Trägerschaft, weshalb auch ein (neues) Gesamthandverhältnis denkbar wäre. Das wird noch zu präzisieren sein, zumal der erläuternde Bericht am angeführten Ort auch die Aussage enthält, die Änderung im Bestand der Gemeinschaft der Trustees müsse im Grundbuch zwar eingetragen werden, die Eintragung wirke aber lediglich deklaratorisch. Im Fall von Miteigentum widerspricht diese Aussage geltenden sachenrechtlichen Prinzipien (vgl. auch Ziffer 12 unten).
8. Die Unabhängigkeit des Trustees ist angesichts der Einflussmöglichkeiten des Begründers oder der Protektoren (Art. 529e und 529f VE-OR), aber auch aufgrund finanzieller oder anderer wirtschaftlicher Verflechtungen (Anspruch auf Vergütung, bestehende Geschäftsbeziehungen mit dem Begründer etc.) eher theoretischer Natur. Es stellt sich auch die Frage, ob in der möglichen Stellung des Trustees als Begünstigtem (Art. 529c Abs. 2 VE-OR) nicht bereits ein von **Art. 529h Abs. 3 Ziff. 2 VE-OR** verbotener Interessenkonflikt zu sehen ist.
9. Nach **Art. 529m VE-OR** ist auf das Trustverhältnis durch eine Anmerkung hinzuweisen. Gemäss Art. 962b Abs. 1 VE-ZGB kann das Trustverhältnis im Grundbuch angemerkt werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 529m VE-OR nur eine Ordnungsvorschrift darstellt. Das wäre unseres Erachtens nicht sachgerecht.

10. Der Schutz des Trustvermögens gemäss **Art. 529n VE-OR** i.V.m. Art. 529b Abs. 6 VE-OR vor dem Zugriff des Ehegatten, der Erben oder der Gläubiger ist konsequent, schafft aber ein erhebliches Missbrauchspotential. Die Anfechtung der Trusterrichtung, sei es mit einer Klage auf güterrechtliche Hinzurechnung, erbrechtliche Herabsetzung oder der Pauliana stellt eine grosse Hürde dar. Ob eine Schenkungsanfechtung i.S.v. Art. 286 SchKG möglich ist, erscheint fraglich, da der Trustee in der Regel kein Beschenkter sein dürfte. Die Tatbestände, die zu einer Überschuldungsanfechtung berechtigen (Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG) sind auf die Trusterrichtung nicht anwendbar. Damit verbleibt den Gläubigern nur noch die Absichtsanfechtung.
11. In **Art. 529p Abs. 1 VE-OR** sollte präzisiert werden, dass die Rückerstattung zugunsten des Trustvermögens zu erfolgen hat. Allenfalls wären auch die Begünstigten unter gewissen Umständen berechtigt zu erklären, Rückerstattungen zu verlangen.
12. Ein schriftlicher Vertrag für die Übertragung des Trustvermögens zwischen dem alten und dem neuen Trustee, wie in **Art. 529s Abs. 4 VE-OR** vorgesehen, ist ungenügend, wenn Grundstücke zum Trustvermögen gehören. Es ist nicht sachgerecht, einen solchen Vorgang als ausserbuchlichen Erwerb im Sinne von Art. 656 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren, sondern es ist an den Grundsätzen festzuhalten, dass es zum Erwerb des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB) und der Vertrag auf Eigentumsübertragung der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Das entspricht im Übrigen dem Vorgehen bei der Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes nach Art. 181 OR.
13. Für die Übertragung von Grundstücken bei der Auflösung des Trusts nach Art. 529u VE-OR, insbesondere für die Verteilung des Vermögens nach Massgabe der Trusturkunde, ist ein öffentlich beurkundeter Vertrag zu fordern. Nur dieser stellt eine zuverlässige Grundlage für die Eigentumsübertragung im Grundbuch dar. Von der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung im Zusammenhang mit Trusts abzuweichen hiesse, diese gänzlich in Frage zu stellen.

Wir meinen, verschiedene Friktionen zwischen dem neuen Rechtsinstitut und dem geltend Recht zu erkennen. Nebst dem, was vorstehend ausgeführt wurde, relativiert sich beispielsweise das dingliche Vollrecht und die Theorie vom vollen Rechtserwerb, wenn eine Sache im Eigentum eines oder einer Trustee steht und dort ein Sondervermögen bildet.

Vor dem Hintergrund des (internationalen) Rufs nach mehr Transparenz weckt der Umstand, dass Familienstiftungen im Handelsregister eingetragen werden müssen, für Trusts dagegen kein Registereintrag, auch nicht in einem öffentlich einsehbares Trustregister, erforderlich sein soll, Bedenken.

Den Trust einzuführen, ohne gleichzeitig Art. 335 ZGB zu revidieren, erscheint uns nicht konsequent und zu einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung zu führen. Die Abgrenzungen zwischen Stiftungen und Trusts müssen für die Rechtsanwendungen klar erkenntlich sein. Die beiden Rechtsinstitute sollen sich ergänzen und nicht konkurrieren.

Weitere Fragen wirft das Verhältnis zur Lex Koller auf, die an dieser Stelle nicht vertieft werden können. Nach ständiger Rechtsprechung ist jedoch ein Trust nur dann zulässig, wenn alle Beteiligten Schweizer oder gleichgestellte Personen sind (Aufenthaltsbewilligung B EU-EFTA oder Niederlassungsbewilligung C). Sollte die Idee darin besteht, Ausländern zu ermöglichen, auf diese Weise in der Schweiz zu investieren, wird die Bestimmung ihren Zweck verfehlen, wenn es um die Anwendung im Immobilienbereich geht.

Wir geben zudem zu bedenken, dass Grundbuchanmeldungen im Zusammenhang mit ausländischen Trusts einigen Abklärungsaufwand bezüglich Lex Koller auslösen. Es ist davon auszugehen, dass mit der Einführung eines eigenen schweizerischen Trustrechts die Grundbuchanmeldungen von Trusts zunehmen werden und sich damit der Aufwand für die Grundbuchämter und die kantonalen Bewilligungsbehörden nochmals erheblich erhöhen wird.

Art. 58 der eidgenössischen Grundbuchverordnung (GBV) muss bei einer allfälligen Einführung des Trusts mit den vorgesehenen Bestimmungen geändert werden, Aktuell wird in Klammer auf Art. 149d IPRG hingewiesen. Dieser Hinweis ist mit den Art. 962b ZGB und 529m VE-OR zu ergänzen oder Art. 149d IPRG ist durch diese zu ersetzen.

Zu den Steuerfolgen müssen sich berufenere Stimmen äussern. Immerhin sei angemerkt, dass Handänderungen im Zusammenhang mit Trusts möglicherweise kantonale oder kommunale Transaktionssteuern auslösen (z.B. Handänderungssteuer) und bei der Übertragung von vormaligem Geschäftsvermögen auf einen Trustee wiedereingebrachte Abschreibungen zum Thema werden dürften. Abgaben können davon abhängig sein, wie der Vertrag zur Übertragung von Vermögenswerten vom Begründer auf den Trustee rechtlich qualifiziert wird. Die Nominatverträge des OR scheinen jedenfalls nicht zu passen.

Abschliessend danken wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Philipp Adam
Präsident

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail zugestellt an: zz@bj.admin.ch

29. April 2022

Einführung eines Schweizer Trusts; Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Ich beziehe mich auf das am 12. Januar 2022 eröffnete Vernehmlassungsverfahren des EJPD zur Einführung eines Schweizer Trusts und erlaube mir dazu folgende Stellungnahme:

1. Das Gesetzgebungsprojekt sollte auf jeden Fall weiterverfolgt werden. Die Nachfrage nach Rechtsformen zur Strukturierung von Vermögen ist vorhanden (was sich insbesondere in der Verbreitung ausländischer Trusts und Privatstiftungen mit örtlichen Bezügen zur Schweiz zeigt), und die Vorteile eines Angebots nach schweizerischem Recht liegen nahe.
2. In Fachkreisen wird das Projekt «Schweizer Trust» teils unterstützt, teils mit der Begründung abgelehnt, der Trust «passe» nicht in die schweizerische Rechtsordnung, und statt dessen sei das Stiftungsrecht an die heutigen Verhältnisse und Bedürfnisse anzupassen (insbesondere seien die Einschränkungen bei Familienstiftungen aufzuheben) (JAKOB/KALT: Ein Trustrecht für die Schweiz?, EXPERT FOCUS 9/2019 630 ff.; FISCHER/PETER: Der Trust passt nicht, NZZ Nr. 117 vom 24. Mai 2018, 9; Natalie PETER: Introduction of a trust law in Switzerland, Trust & Trustees, Vol. 25, No. 6, July 2019, pp. 578 – 586).
 - a) Der Trust ist ein Gebilde des «common law». Dass sich common law und schweizerisches Privatrecht in Grundlagen, Entwicklung und Methodik erheblich unterscheiden, ist bekannt, die Frage, ob sich eine Rechtsfigur des common law auf praktikable Weise

LANTER

Seefeldstrasse 19
CH-8032 Zürich

T +41 44 250 29 29

www.lanter.biz

in das schweizerische Recht übertragen lässt, daher durchaus legitim. Indessen ist das schweizerische Privatrecht vom Grundsatz der Privatautonomie getragen und finden sich starre rechtliche Kategorien und zwingendes Recht (nur) dort, wo übergeordnete Gründe (Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Ausgleich von Asymmetrien) Beschränkungen erforderlich machen; insbesondere das Vertragsrecht stellt ein dynamisches System dar, das neue Vertragstypen und Mischformen zulässt. Damit erweist sich das schweizerische Rechtssystem als relativ offen, und erscheint die Übernahme einer Rechtsfigur des common law nicht grundsätzlich unpraktikabel.

- b) Betrachtet man die einzelnen Rechtsbeziehungen in einem Trustverhältnis, lassen sich überall Ähnlichkeiten mit Gestaltungsformen der kontinental-europäischen Rechtssysteme erkennen:

Das «Dreiecksverhältnis» zwischen Settlor, Trustee und Beneficiaries entspricht jenem von Stifter, Stiftung/Stiftungsrat und Begünstigten, allerdings mit dem fundamentalen Unterschied, dass die Stiftung Rechtspersönlichkeit erhält, das Trustverhältnis lediglich eine sehr beschränkte Verselbständigung des Trustvermögens bewirkt, das sich als Sondervermögen qualifiziert. Wie die Stiftung durch die Erklärung des Stifters errichtet wird, entsteht auch das Trustverhältnis durch eine einseitige Willenserklärung des Settlor.

Gewisse rechtliche Verselbständigungen (ohne Rechtspersönlichkeit) finden bspw. bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften statt (vgl. dazu weiterführend MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Bern 2018, § 13 N 17 ff.); anerkannt werden auch sog. unselbständige Stiftungen (vgl. JAKOB/KALT 634 mit Belegen in Anm. 38). Als Sondervermögen, rechtlich losgelöst vom eigenen Vermögen, werden Treuhandgelder von Banken (Art. 16 Ziff. 2 und Art. 37d BankG) und Vermögenswerte behandelt, die der Beauftragte auf Rechnung des Auftraggebers erworben hat (Art. 401 OR). Im Zusammenhang mit dem «Haager Übereinkommen» wurde in Art. 284b SchKG die Ausscheidung des Trustvermögens im Konkurs des Trustee geregelt; nach Art. 149d IPRG kann im Grundbuch, Schiffsregister und Luftfahrzeugbuch durch Anmerkungen auf ein Trustverhältnis hingewiesen werden. Das sog. «Spurfolgerecht» («tracing») entspricht bewährten Rechtsbehelfen, wie sie das Bereicherungsrecht und der Besitzschutz zur Verfügung stellen.

Gelegentlich wird behauptet, das schweizerische Recht lasse die in Trustverhältnissen notwendige Differenzierung zwischen rechtlichem (Trustee) und wirtschaftlichem Eigentum (Beneficiaries) nicht zu (so auch die Argumentation des Beklagten in BGer. 5C.169/2001 E. 6/b/dd). Diese Differenzierung scheint aber überholt und nicht mehr dem heutigen Verständnis in Literatur und Rechtsprechung des anglo-amerikanischen Rechtskreises zu entsprechen (weiterführend Peter BÖCKLI: Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, Zürich/St. Gallen 2007, 23); im Wesentlichen geht es darum, dass die Beneficiaries von Anfang an feste Ansprüche («life interests») auf Erträge und andere finanzielle Leistungen aus dem Trustvermögen haben können,

wenn dies im Trust Deed so festgelegt ist. Damit wird aber nicht die rechtliche Zuordnung (Eigentum, Inhaberschaft) von Vermögenswerten «geteilt» oder «gespalten», sondern es geht um die Weiterleitung von vereinnahmten Zahlungen, deren Rechtsgrund in den Vermögenswerten des Trusts liegt. Typischerweise vermitteln aber die Regelungen des Trust Deed lediglich Anwartschaften («rights of expectation») (BÖCKLI 23).

Damit lässt sich nicht sagen, Trustverhältnisse stünden im Widerspruch zur schweizerischen Rechtsordnung. – Erbrechtliche und vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe stellen ferner sicher, dass der Pflichtteilsschutz von Erben und der Gläubigerschutz nicht durch Begründung von Trustverhältnissen ausgehebelt werden kann. Auch im öffentlich-rechtlichen Bereich (Lex Koller, Finanzmarktaufsichtsrecht, Geldwäschereigesetzgebung) bestehen ausreichende Regelungen, um Missbrauchsfälle wirkungsvoll verhindern und bekämpfen zu können.

- c) Vermögensstrukturierung, wie sie häufig mittels Trustverhältnissen erfolgt, dient keinem übergeordneten Zweck, sondern einem – mit Blick auf rechtliche und wirtschaftliche Gegebenheiten – optimalen Halten, Bewirtschaften, Nutzen und hoffentlich Mehreren von Vermögenswerten. Dies erfordert zum einen eine möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und zum anderen einfache und rasche Verfahren, um zielgerichtet und wirkungsvoll auf Veränderungen aller Art reagieren zu können. Die Stiftung ist dagegen, nach einer prägnanten Charakterisierung, ein «starres, unbewegliches, dem Fortschritt verschlossenes Gebilde» (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015, 148), dessen Organe lediglich verwaltende, nicht gestaltende Befugnisse haben, die ausschliesslich auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks ausgerichtet sind. Das starre rechtliche «Korsett» wird zwar für Familienstiftungen etwas gelockert, doch bleibt auch diese Gestaltungsform in wesentlichen Belangen statisch und erscheint deshalb als Organisationsform für Vermögensstrukturierung denkbar ungeeignet.

Die Familienstiftung lässt sich deshalb nicht als «Gegenentwurf» zu einem Schweizer Trust positionieren.

- 3. Dass die gesetzliche Regelung der Familienstiftung veraltet ist, ist nicht zu bestreiten. Die in Art. 335 Abs. 1 ZGB aufgezählten erlaubten Zwecke dürfen aber nicht nur als Ausdruck einer gesetzgeberischen Missbilligung des «Müssiggangs», sondern müssen auch als Versuch verstanden werden, das Begriffselement der Stiftung («Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck», Art. 80 ZGB) bei Familienstiftungen zu konkretisieren. – Soll sich logischerweise die Familienstiftung an diesem (Ober-)Begriff der Stiftung orientieren, muss an einem übergeordneten Familienzweck festgehalten werden, der aber wirtschaftlicher (bspw. Erhalt einer bedeutenden Familienliegenschaft) oder nicht wirtschaftlicher (ideeller) Natur (bspw. Ahnenforschung und Familiengeschichte, Bewahren von Sammlungen, die einen besonderen Erinnerungswert haben, Unterhalt von Familiengrabstätten) sein

kann. Der reinen Unterhaltstiftung, die voraussetzungslos beliebige Zahlungen an Familienmitglieder ausrichten soll, fehlt es jedoch an einem solchen Familienzweck.

Die Aufzählung der erlaubten Zwecke in Art. 335 Abs. 1 ZGB sollte ersatzlos gestrichen werden (das scheint mir sinnvoller als eine «Modernisierung» und Erweiterung der bisherigen Zweckumschreibungen; zulässig müsste grundsätzlich *jeder* Familienzweck sein).

Vorstellbar sind schliesslich Vermögensstrukturierungen zur finanziellen Absicherung von Patchwork-Familien, bei nicht oder nur schwer teilbaren Nachlässen u.dgl. Auch für solche Anwendungsfälle ist die Stiftung (wegen ihrer Starrheit) ungeeignet und fehlen sinnvolle Instrumente. Die «fortgesetzte Erbengemeinschaft» oder die Überführung in eine andere rechtliche Gemeinschaftsform weist ebenfalls Nachteile auf (Einstimmigkeitsprinzip; Möglichkeit, jederzeit eine Erbteilungsklage zu erheben; Fälligkeit der Grundstückgewinnsteuer bei Übertragung einer Immobilie in eine einfache Gesellschaft). Wünschenswert wären dazu einfache, flexible, aber nachhaltige Organisationsformen, die im Ehe- und Erbrecht zu regeln wären.

4. Die vorgeschlagenen einzelnen Bestimmungen geben zu wenigen Anregungen Anlass:

- a) Die Umschreibungen in Art. 529a und 529c VE-OR schliessen karitative und andere sog. «purpose trusts» aus, soweit sie nicht auf bestimmte oder bestimmbare Begünstigte, sondern auf einen generellen ideellen oder kommerziellen Zweck ausgerichtet sind. – Es fragt sich, ob diese Einschränkung gegenüber dem Anwendungsbereich von Trusts in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen sinnvoll ist; die «Konkurrenz» mit der Rechtsform der Stiftung sollte kein Hindernis sein, der «Wettbewerb» zwischen Organisationsformen nicht einseitig und ohne einen sachlichen Grund vom Staat beeinflusst werden. Die Einschränkung entspricht auch nicht der Regelung im «Haager Übereinkommen».
- b) Nach Art. 529e Abs. 1 VE-OR kann das Recht auf Leistungen grundsätzlich abgetreten werden; es kann aber nicht vererbt werden. – Es fragt sich, ob nicht beide Übertragungsformen gleichbehandelt werden sollten (in dem Sinn, dass das Recht auf Leistungen sowohl abgetreten als auch vererbt werden kann, sofern nicht die Bestimmungen des Trust Deed dies anders festlegen).
- c) Art. 529h VE-OR umschreibt die Sorgfalts- und Interessewahrungspflicht des Trustee; dies durch zwingende (Abs. 2) und nicht zwingende (Abs. 3) Einzelpflichten. – Auch wenn anzunehmen ist, dass die in Abs. 3 angedeuteten Relativierungen im Trust Deed in aller Regel für den Einzelfall Sinn machen, stellt sich doch die Frage, ob mit der gesetzlichen Regelung wirklich ermöglicht werden soll, die Sorgfalts- und Interessewahrungspflicht durch ggf. auch nur einen knappen Dispens davon im Trust Deed weitgehend auszuhöhlen. Da ein Verzicht auf die Vermögenstrennung durchaus auch schädigende Auswirkungen auf Dritte haben könnte (bspw. auf persönliche Gläubiger

des Trustee, die bei ihren Dispositionen auf diese Vermögenssubstanz bauen), sollte jedenfalls Art. 529h Abs. 3 Ziff. 4 VE-OR überdacht werden.

- d) Gerichtliche Verfahren nach Art. 529v VE-OR sollten subsidiär zu allfälligen, im Trust Deed vorgesehenen Verfahren (bspw. Entscheid des Protektors, eines Mediators u.dgl.) sein. Das gerichtliche Verfahren sollte nur zur Klärung rechtlicher Fragen, nicht für geschäftspolitische Entscheidungen (bspw. Vermögensanlage) zugänglich sein. Weiter stellt sich die Frage nach dem Rechtsmittelweg.

- 5. Der Angelpunkt des Gesetzesprojekts sind die steuerlichen Folgen. – Da anzunehmen ist, dass sich zahlreiche Vernehmlassungen v.a. mit diesem Thema beschäftigen, beschränke ich mich hier auf Grundsätzliches:

Das entwickelte Besteuerungskonzept führt bei gewissen Trustverhältnissen («irrevocable discretionary trust») zu einer massiven Verschlechterung gegenüber der bisherigen Steuerpraxis (KS SSK 30 vom 22. August 2007); das Besteuerungskonzept wäre sowohl auf (neue) schweizerische als auch auf (bestehende) ausländische Trusts anwendbar, sofern diesen weiterhin Vermögenswerte zugewidmet werden (Art. 205g VE-DBG bzw. Art. 78h VE-StHG).

Insbesondere führt das Besteuerungskonzept beim irrevocable discretionary trust zu einer systemwidrigen, inkohärenten Überbelastung (das Trustkapital bei der Errichtung mit Schenkungs-/Erbschaftssteuern und bei der Ausschüttung mit Einkommenssteuer; die laufenden Gewinne mit Gewinnsteuer; falls die Einkünfte nicht voll ausgeschüttet werden, bei späteren Ausschüttungen nochmals mit Einkommenssteuer). Ferner sollen solche Trusts der Kapitalsteuer zum Steuersatz für Stiftungen unterliegen. Der Steuersatz für Stiftungen entspricht in einigen Kantonen dem Vermögenssteuersatz für natürliche Personen, der wesentlich höher als der Kapitalsteuersatz für Kapitalgesellschaften sein kann. Inkonsequent und verfassungsrechtlich bedenklich ist schliesslich die Solidarhaftung der unbeschränkt steuerpflichtigen Beneficiaries und des Settlor für die Steuern des Trusts.

Das Besteuerungskonzept sollte anhand der bisherigen Praxis so festgelegt werden, dass sich die steuerlichen Folgen bei keiner der möglichen Ausgestaltungen von Trustverhältnissen verschlechtern.

Ich danke Ihnen bestens für die Kenntnisnahme und werde die weitere Entwicklung dieses Gesetzesprojekts mit Interesse verfolgen.

Mit freundlichen Grüssen



Adrian Plüss
Rechtsanwalt
pluess@lanter.biz

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bern

RA Catherine Grun Meyer, LL.M.
RA Dr. iur. Daniel Antognini
Morgan Boëffard, M.A. HSG, dipl. Steuerexperte
RA Derya Özdoğan, dipl. Steuerexpertin

30. April 2022

Vernehmlassung 2021/32 – Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir erlauben uns, Ihnen nachstehend unsere Stellungnahme zum Vorentwurf und erläuternden Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Einführung des Trusts), bezüglich welcher das Vernehmlassungsverfahren am 12. Januar 2022 bis zum 30. April 2022 eröffnet wurde, einzureichen.

A. ALLGEMEINE BEMERKUNG

Vorab möchten wir festhalten, dass die Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im schweizerischen Recht ausdrücklich zu begrüssen ist. Es wird damit eine erhebliche Regelungslücke des schweizerischen Rechts geschlossen. Wie der Erläuternde Bericht zu Recht ausführt, besteht im Bereich der Vermögens- und Nachlassplanung dringender Bedarf nach einem tauglichen Instrument, welcher durch die derzeitige schweizerische Familienstiftung nicht gedeckt wird (Erläuternder Bericht, Ziff. 1.4, S. 33 f.). Mit der Übernahme eines insbesondere im angelsächsischen Rechtsbereich bestens bekannten Rechtsinstituts wird der Schweizer Finanzplatz gerade auch für ausländische Klientel gestärkt.

Bei näherer Betrachtung der Vernehmlassungsvorlage lassen sich jedoch noch einige Punkte finden, welche der kritischen Überprüfung und Anpassung bedürfen. Auf einige dieser Aspekte soll im Folgenden eingegangen werden.

B. ZIVILRECHTLICHE UND PROZESSUALE BESTIMMUNGEN

I. Zu ART. 529G Abs. 2 OR und ART. 529N Abs. 2 OR

Art. 529g Abs. 2 OR und Art. 529n Abs. 2 OR der Vernehmlassungsvorlage lauten wie folgt:

"² Er kann in eigenem Namen und in seiner Funktion als Trustee in allen Angelegenheiten des Trusts klagen oder beklagt werden sowie betreiben oder betrieben werden."

"2 Das Trustvermögen haftet nur für in den Bestimmungen der Trusturkunde bestimmte Verbindlichkeiten und für solche, die aus der gehörigen Erfüllung der Funktion des Trustees entstanden sind. Es ist für alle anderen Verbindlichkeiten einer Zwangsvollstreckung entzogen."

Mit Blick auf die "Vertretungswirkung" des Handelns des Trustees für das Trustvermögen als Sondervermögen sollte klargestellt werden, dass der Trustee gegenüber Dritten in eigenem Namen unter Ausweisung seiner Funktion als Trustee handeln muss. Bei solchen rechtsgeschäftlichen Handlungen wird das Trustvermögen als Sondervermögen berechtigt und verpflichtet. Dabei ist entgegen Art. 529n Abs. 2 nicht massgeblich, ob der Trustee bei seinen Handlungen als solcher tatsächlich seine trustrechtlichen Pflichten gehörig erfüllt. Aus dem Blickwinkel des Gutgläubensschutzes der Dritten hat vielmehr zu gelten, derjenige Dritte, welcher berechtigt gutgläubig in die Handlungsbefugnisse des Trustees vertraute, in diesem Vertrauen zu schützen ist. Auch wenn die Handlungen des Trustees seine Befugnisse gemäss Trusturkunde überschreiten, wird das Trustvermögen gegenüber einem berechtigt gutgläubigen Dritten mithin verpflichtet und berechtigt. Der dem Trustvermögen durch solches

Hat dieser berechtigt gutgläubig auf die Befugnisse des Trustees vertraut, wirkt Handeln des Trustees für und wider das Trustvermögen, auch wenn tatsächlich die Trusturkunde verletzt wird. Die durch den Trustee dem Trustvermögen pflichtwidrig zugefügte Schädigung ist alsdann mittels Schadenersatz zwischen dem persönlichen Vermögen des Trustees und dem Trustvermögen auszugleichen. Hat der Dritte demgegenüber die fehlenden Befugnisse des Trustees erkannt oder zumindest erkennen können, greift auch ihm gegenüber die trustrechtliche Beschränkung der Befugnisse; es entsteht keine Verpflichtung zulasten des Trustvermögens. Eine allfällige Schadensregulierung erfolgt gegebenenfalls zwischen dem Dritten und dem Trustee persönlich.

Hieraus ist zu folgern, dass die Formulierung "[...] die aus der gehörigen Erfüllung der Funktion des Trustees entstanden sind[...]" gestrichen und durch eine Wendung wie bspw. "[...] die aus der Tätigkeit des Trustees entstanden sind[...]" ersetzt werden sollte.

II. **Zu ART. 529G ABS. 3 OR**

Art. 529g Abs. 3 OR der Vernehmlassungsvorlage lautet:

"3 Der Trustee haftet mit seinem persönlichen Vermögen für die in Erfüllung seiner Pflichten als Trustee eingegangenen Verbindlichkeiten. Diese persönliche Haftung kann durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden."

Diese Bestimmung erscheint unserer Auffassung nach als systemwidrig. Der Trustee sollte gerade nicht mit seinem persönlichen Vermögen "*für in Erfüllung seiner Pflichten als Trustee eingegangene Verbindlichkeiten*" haften. Das Trustvermögen als Sondervermögen ist strikte vom persönlichen Vermögen des Trustees abzuschneiden. Die vom Trustee in Ausübung seiner Funktionen begründeten Verpflichtungen belasten, wie bereits vorstehend ausgeführt, ausschliesslich das Trustvermögen. Die Haftung für durch die Trustees begründete Trustverbindlichkeiten ist damit – auch wenn mangels Rechtspersönlichkeit des Trusts die Trustees die formellen Schuldner sind – im Sinne einer auf das Sondervermögen beschränkten (Gesamt-)Haftung auszugestalten.

Systemwidrig ist damit auch die in Art. 529g Abs. 5 Ziff. 3 OR der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene generelle solidarische und damit grundsätzlich persönliche Haftung einer Mehrheit von Trustees "für die Verbindlichkeiten aus den Bestimmungen der Trusturkunde und dem Gesetz".

III. ZU ART. 529G ABS. 5 ZIFF. 1 OR

Art. 529h Abs. 5 Ziff. 1 OR der Vernehmlassungsvorlage lautet wie folgt:

"⁵ Sind mehrere Personen Trustee, so gilt für das Verhältnis unter ihnen Folgendes:

1. Sie sind gemeinschaftlich Träger des Trustvermögens."

Die Formulierung, eine Mehrheit von Trustees sei "gemeinschaftlich" Träger des Trustvermögens ist ungenau. Hieraus lässt sich nicht schlüssig ableiten, ob die Trustees nun Miteigentümer des Trustvermögens oder vielmehr Gesamteigentümer und gesamthänderisch Berechtigte sein sollen. Der Erläuternde Bericht enthält denn auch widersprüchliche Aussagen über die Qualifikation der "gemeinschaftlichen Trägerschaft". So wird einerseits ausgeführt (Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.1.7, S. 66 f.):

"Treten Trustees von ihrer Funktion zurück, müssen sie das Eigentum am Trustvermögen sowie die Schulden und Forderungen ihren Nachfolgerinnen oder Nachfolgern übertragen. Eine solche Übertragung ist nicht erforderlich, wenn es für einen Trust mehrere Trustees gibt. Die Co-Trustees sind Gesamteigentümer des Trustvermögens (Art. 529c Abs. 5 Ziff. 1 VE-OR)."

Demgegenüber hält der Erläuternde Bericht im Zusammenhang mit der Einzelkommentierung von Art. 529h Abs. 5 Ziff. 1 OR fest (Erläuternder Bericht, S. 94):

"Die Situation, in der es mehr als eine bzw. einen Trustee gibt, wird in Absatz 5 behandelt. Gemäss dieser Bestimmung sind die Co-Trustees Miteigentümerinnen bzw. Miteigentümer des gesamten Trustvermögens (Ziff. 1). Wenn also eine bzw. ein Co-Trustee aus dem Amt ausscheidet, verliert sie bzw. er seinen Anteil an der Gemeinschaft, was zu einer Erhöhung des Anteils der verbleibenden Co-Trustees führt. Wenn eine bzw. ein neuer Co-Trustee ihr bzw. sein Amt antritt, wird sie bzw. er ebenfalls Mitglied der Gemeinschaft der Trustees."

Angeichts des Umstands, dass der Übergang von Rechten und Pflichten im Falle eines ausscheidenden Trustees mittels Akkreszenz erfolgen soll, läge eine Qualifikation einer Mehrheit von Trustees als Gesamteigentümer resp. gesamthänderisch am Trustvermögen Berechtigte näher als eine Miteigentümerschaft mit ihren auf den Trust nicht passenden Regelungen unter Art. 646 ff. ZGB.

Generell ist anzumerken, dass der Vorentwurf der Problematik der Rechtsträgerschaft und des Rechtsübergangs zu wenig Beachtung zu schenken scheint. So sieht bspw. Art. 529s Abs. 4 für den Übergang von Rechten und Pflichten am Trustvermögen einen schriftlichen Vertrag und Singularsukzession bei der Übertragung der einzelnen Vermögenswerte vor. Der Erläuternde Bericht führt aus (Ziff. 5.1.1.7, S. 67):

"Grundsätzlich ist für die Übertragung des Trustvermögens von den bisherigen Trustees an ihre Nachfolgerinnen oder Nachfolger ein schriftlicher Vertrag erforderlich und sind die für das jeweilige Vermögen geltenden Modalitäten einzuhalten (z. B. bei einem Grundstück eine beglaubigte Abtretungsurkunde und ein Grundbucheintrag). Der Vor-entwurf sieht jedoch eine Universalsukzession vor, wenn es nur eine oder einen Trustee gibt und diese Person stirbt. Im Zeitpunkt ihres Todes geht das Trustvermögen ohne Weiteres auf die oder den neuen Trustee über. Ausserdem kann die Übertragung mittels Übergang des Trustvermögens nach Artikel 181 OR erfolgen. Die Anwendung der Vorschriften des Bundesgesetz[es] vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) ist ausdrücklich ausgeschlossen."

Die Erforderlichkeit von Singularsukzessionen bei der Übertragung an einen neuen Trustee bildet ein erhebliches Hindernis bei umfangreichen Trusts, welche über längere Zeit bestehen: Bei einem Wechsel des Trustees müssten jeweils Vermögenswerte Assets einzeln übertragen werden. Es ist deshalb in Betracht zu ziehen, dem schriftlichen Vertrag gerade selbst dingliche Wirkung zuzugestehen. Im Schweizer Recht würde ein solch dinglich wirkender Vertrag jedenfalls keinen Fremdkörper darstellen, ist ein solches Institut doch bereits aus dem Ehegüterrecht bekannt, indem unter dem Güterstand der Gütergemeinschaft mit dem Ehevertrag selbst bereits dingliche Zuordnungen in das Gesamtgut erfolgen können (BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 222 N 15).

Art. 181 OR stellt jedenfalls keine hinreichende Remedur für diese Problematik dar. Auch bei einer Vermögensübernahme gemäss Art. 181 OR sind die einzelnen Aktiven des zu übernehmenden Vermögens mittels Singularsukzession zu übertragen, sieht Art. 181 OR doch nur eine vereinfachte Schuldübernahme vor (CHK OR-REETZ/GRABER, Art. 181 N 1). Abhilfe schaffen würde demgegenüber die Anwendbarkeit der Vermögensübertragung nach FusG, was allerdings konzeptionell eine im Grundsatz zu vermeidende Handelsregistereintragung des Trusts erforderte (vgl. Art. 69 Abs. 1 FusG).

IV. ZU ART. 529H ABS. 2 ZIFF. 1 OR

Art. 529h Abs. 2 Ziff. 1 OR der Vernehmlassungsvorlage lautet wie folgt:

"² Er muss insbesondere:

1. die sich aus der Trusturkunde und dem Gesetz ergebenden Pflichten mit der Sorgfalt ausführen, die aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten und seiner Berufstätigkeit vernünftigerweise erwartet werden kann;"

Gemäss dem Erläuternden Bericht soll mit Art. 529h Abs. 2 Ziff. 1 OR der Vernehmlassungsvorlage derselbe objektive Sorgfaltsmassstab wie bei "Mitgliedern der Verwaltung von Gesellschaften" gelten (Erläuternder Bericht, S. 95, u.H.a. CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 717 N 8). Soll damit für die Trustees letztlich derselbe Sorgfaltsmassstab wie bei Verwaltungsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft zur Anwendung gebracht werden, erscheint der Wortlaut von Art. 529h Abs. 2 Ziff. 1 OR jedoch als problematisch. Gelten müsste alsdann ein genereller, objektivierter Haftungsmassstab, welcher aufgrund von Sonderqualifikationen eines Trustees im Einzelfall erhöht anzusetzen ist, jedoch durch unterschiedliche, unzureichende Ausbildung und Befähigung nicht

reduziert wird¹. Der Wortlaut des Entwurfs ermöglicht demgegenüber auch die Reduktion des Sorgfaltsmassstabs. Dies ist abzulehnen.

V. ZU ART. 529i OR

Art. 529i OR der Vernehmlassungsvorlage lautet wie folgt:

"¹ Der Trustee muss auf Verlangen des Begründers, der sich dieses Recht in den Bestimmungen der Trusturkunde vorbehalten hat, eines anderen Trustees, eines Protectors oder eines Begünstigten jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung ablegen.

² Jeder Begünstigte kann vom Trustee Auskunft über seine Rechte und Anwartschaften aufgrund der Bestimmungen der Trusturkunde verlangen.

³ Der Trustee kann die Auskunftserteilung an einen Begünstigten verweigern:

- 1. aus in den Bestimmungen der Trusturkunde festgelegten wichtigen Gründen;*
- 2. wenn die Auskunftserteilung die berechtigten Interessen von andern Begünstigten beeinträchtigt."*

Die durch Art. 529i OR stipulierten Informationsrechte sind äusserst weitgehend. Wenn jeder Begünstigter jederzeit vom Trustee umfassende Rechenschaftsablage über seine Geschäftsführung verlangen kann, so sprengt dies gerade bei *Discretionary Trusts*, welche über eine Vielzahl von potentiellen Leistungsempfängern und damit Begünstigten verfügen können, den Rahmen. Es ist deshalb in Betracht zu ziehen, die umfassende Rechenschaftsablage über die Geschäftsführung in Anlehnung an das Aktienrecht durch eine periodische Berichterstattung zu ersetzen.

VI. ZU ART. 250 ZPO (NEU)

Art. 250 ZPO soll gemäss der Vernehmlassungsvorlage folgendermassen ergänzt werden:

"Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten:

b. Einzelne Vertragsverhältnisse:

¹ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 5: "Nach Rechtsprechung und Lehre ist der **Sorgfaltsmassstab zu objektivieren**, d.h. *diligentia quam in suis* genügt nicht (BGE 139 III 24, 26 E. 3.2; 113 II 52, 56 E. 3; 99 II 176, 179 E. 1; **a.M.** ZK-Homburger, N 821): Das Verhalten eines VR-Mitgliedes wird mit dem Verhalten verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, vernunftgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann (Böckli, Aktienrecht, § 13 Rz 575; Staehelin/Sarasin, 370; BGE 122 III 195, 198 | E. 3). Sämtliche Abweichungen von dieser Fiktion «nach unten» führen zur Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung. Wo ein VR-Mitglied über **überdurchschnittliche Kenntnisse** verfügt, welche der AG bekannt sind, ist u.E. im Fachbereich des betr. VR-Mitgliedes ein höherer Massstab anzulegen, insoweit stellt der objektivierte Sorgfaltsmassstab nur eine untere Grenze dar (so nun auch das BGer, 19.6.2002, 4C.201/2001, E. 2.2.1)."

10. Ernennung und Abberufung des Trustees (Art. 529b Abs. 2 und 529s Abs. 2 und 3 OR) und des Protektors (Art. 529s Abs. 2 und 3 OR),

11. Anordnungen der Rechenschaftsablage des Trustees (Art. 529i Abs. 1 OR),

12. Anordnung der Auskunftserteilung an Begünstigte des Trusts (Art. 529i-Abs. 2 OR),

13. Anordnungen im Zusammenhang mit einem Trust (Art. 529v OR);"

Zunächst ist zu bemerken, dass trustrechtliche Streitigkeiten und Angelegenheiten nicht unter der Bezeichnung "*Einzelne Vertragsverhältnisse*" geführt werden sollten. Wie der Erläuternde Bericht zu Recht festhält, handelt es sich beim Trust um keinen Vertrag (vgl. Erläuternder Bericht, Ziff. 5.1.1.1, S. 61).

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Summarverfahren für die in Art. 250 lit. b ZPO aufgeführten Verfahren zum Teil als wenig geeignet erscheint. Die Abberufung von Trustees und Protektoren zufolge schwerwiegender Pflichtwidrigkeiten, die Anordnung einer Rechenschaftsablage und Auskunftserteilung durch den Trustee sowie die Anpassung der Trusturkunde und die Auflösung des Trusts aus triftigen sachlichen Gründen stellen streitige Angelegenheiten dar, in deren Rahmen mit bindender Wirkung für sämtliche Beteiligten komplexer rechtliche Fragen geklärt und Abwägungsentscheidungen getroffen werden müssen. Dies überschreitet den Rahmen eines summarischen Verfahrens erheblich. Diese Angelegenheiten sollten deshalb je nach Streitwert dem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zugewiesen werden.

C. STEUERRECHTLICHE BESTIMMUNGEN

I. VORBEMERKUNG

Einleitend ist zu erwähnen, dass der Gesetzesentwurf des Bundesrates vor allem die Besteuerung des sog. *Irrevocable Discretionary Trusts* im Vergleich zum bisher anwendbaren Kreisreiben 30 SSK bzw. 20 ESTV neu regelt. Dementsprechend wird auch in folgender Stellungnahme nicht spezifisch auf die Besteuerung des sog. *Revocable Trusts* und des sog. *Irrevocable Fixed Trusts* eingegangen, bei welchen die bisherigen Lösungen aus der Praxis im Grunde in den Vorschlag übernommen werden. Nachfolgend wird zu ausgewählten Artikeln der Vernehmlassungsvorlage Stellung genommen, bei welchen u. E. Anpassungs- sowie Klärungsbedarf besteht. Als Basis werden die Bestimmungen des DBG kommentiert, die Kommentierungen gelten jedoch analog auch für die Bestimmungen des StHG.

II. ZU ART. 10A DBG TRUSTS

1. Abs. 1

Art. 10a Abs. 1 DBG lautet gemäss Vernehmlassungsvorlage wie folgt:

"¹ Das Einkommen eines Trusts wird dem Begründer zugerechnet, wenn dieser sich nicht endgültig des Trustvermögens entäussert hat."

Mit Art. 10a Abs. 1 DBG wird die Besteuerung des *Revocable Trusts* geregelt. Die Besteuerung erfolgt hierbei analog wie bisher für ausländische Trusts, welche als *Revocable Trusts* gelten. Obwohl der Bundesrat in seinem Erläuternden Bericht ausführt, dass die aktuelle Praxis betreffend die steuerliche Behandlung des *Revocable Trusts* in der Lehre kritisiert wird (S. 43), schlägt er keine Anpassung vor. Die bisherige Diskrepanz zwischen zivilrechtlicher Betrachtung (der Begründer ist nicht mehr zivilrechtlicher Eigentümer) und steuerrechtlicher Betrachtung (Trustvermögen wird dem Begründer zugerechnet) bleibt dadurch fortbestehen, auch ohne dass die Bedingungen für eine Steuerumgehung erfüllt werden.

2. Abs. 2

Art. 10a Abs. 2 DBG der Vernehmlassungsvorlage lautet:

"2 Das Einkommen eines Trusts wird den Begünstigten anteilmässig zugerechnet, wenn:

- a. der Begründer sich endgültig des Trustvermögens entäussert hat; und*
- b. die Begünstigten über Ansprüche auf Leistungen aus dem Trustvermögen verfügen."*

Absatz 2 regelt die Besteuerung des *Irrevocable Fixed Interest Trusts*. Auch hier soll die Besteuerung analog wie bisher für ausländische Trusts, die als *Irrevocable Fixed Interest Trusts* gelten, erfolgen. Hierbei besteht u. E. folgender Klärungsbedarf: Erfolgt die Besteuerung bei Realisation des Einkommens auf der Stufe des Trusts oder bei der Ausschüttung vom Trust an die Begünstigten? Der Entwurf spricht vom "Einkommen eines Trusts" und nicht vom "Einkommen aus einem Trust". Der Formulierung dürfte man entnehmen, dass die Besteuerung schon bei der Realisation erfolgt. Falls dies der Fall ist, stellt sich die Frage, wie sichergestellt werden soll, dass die nachfolgenden Ausschüttungen nicht ebenfalls besteuert werden.

Wir schlagen deshalb folgende Ergänzung vor, da die Besteuerung entweder bereits aufgrund von Abs. 2 erfolgt ist oder es sich entweder (i) um die Ausschüttung von gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfreien Kapitalgewinnen oder (ii) des bereits mittels Schenkungssteuern besteuerten Trustvermögens handelt:

Abs. 2^{bis}: Sämtliche Ausschüttungen eines nach Abs. 2 besteuerten Trusts an die Begünstigten sind steuerfrei.

3. Abs. 3

Art. 10a Abs. 3 DBG der Vernehmlassungsvorlage lautet:

"3 In den übrigen Fällen wird der Trust wie eine Stiftung besteuert. Er ist unbeschränkt steuerpflichtig, wenn mindestens ein Begünstigter in der Schweiz aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig ist. Seine unbeschränkte Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf Begünstigte ohne persönliche Zugehörigkeit zur

Schweiz. Können die Begünstigten nicht bestimmt werden, so ist der Trust unbeschränkt steuerpflichtig, wenn der Begründer in der Schweiz aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig ist oder im Zeitpunkt seines Todes war."

Absatz 3 regelt die Besteuerung des *Irrevocable Discretionary Trusts*. Ein erstes Problem sehen wir in der folgenden Formulierung: Wie ist die Bedingung "*können die Begünstigten nicht bestimmt werden*" zu verstehen? Können *einzelne* Begünstigte nicht bestimmt werden oder können *sämtliche* Begünstigte nicht bestimmt werden?

Damit der Schweiz kein Steuersubstrat entgeht, ist die Bedingung "*können die Begünstigten nicht bestimmt werden*" wohl als "*können einzelne Begünstigte nicht bestimmt werden*" zu verstehen. In der Praxis kann es schwierig sein, Begünstigte eines *Irrevocable Discretionary Trusts* zu identifizieren. Beim *Discretionary Trust* werden in der Trusturkunde (*Trust Deed*) normalerweise lediglich abstrakte Klassen von Begünstigten bezeichnet. Der Entscheid darüber, wer letztendlich in den Genuss von Zuwendungen des Trusts kommen soll, wird dem Trustee überlassen (KS 30 SSK, S. 6/16). Es ist daher zu erwarten, dass ein Trust mit einem in der Schweiz steuerpflichtigen Begründer in vielen Fällen einer 100%-igen Steuerpflicht unterstehen wird; dies auch, falls die überwiegende Mehrheit der identifizierten Begünstigten keine persönliche Zugehörigkeit zur Schweiz haben. Ferner werden neu auch *Irrevocable Discretionary Trusts*, welche von einem Begründer vor Zuzug in die Schweiz errichtet wurden, von Art. 10a Abs. 3 DBG erfasst. Vor diesem Hintergrund führt die neue Regelung dazu, dass die Schweiz an Attraktivität als Zuzugsstaat für ausländische Begründer verliert.

Sodann stellt sich auf die Frage, wie mit einem internationalen *Charitable Trust* zu verfahren ist, welcher auch über Begünstigte in der Schweiz verfügt. Welche Bestimmungen finden Anwendung, wenn ein Trust einen gemeinnützigen Zweck verfolgt? Dieselben wie bei einer gemeinnützigen Stiftung?

Falls die Bedingung "*können die Begünstigten nicht bestimmt werden*" so zu verstehen ist, dass *sämtliche* Begünstigte nicht bestimmt werden können, stellt das Erfordernis, die persönliche Zugehörigkeit der Begünstigten zur Schweiz nachzuverfolgen, ein weiteres Problem dar. Müssen dann jährlich per Jahresende in einer ersten Etappe die Begünstigten identifiziert und in einer zweiten Etappe die persönliche Zugehörigkeit zur Schweiz (wiederholt) geprüft werden? Welcher Zeitpunkt ist massgebend für die Zugehörigkeit? Das Jahresende oder jeweils der Zeitpunkt der Realisation des Einkommens? Ist die steuerbare Quote jedes Jahr anders oder gar bei jedem Ertragsanfall innerhalb eines Jahres zu ermitteln? Es stellt einen erheblichen Aufwand dar, die steuerbare Quote jährlich oder sogar bei jedem Ertragsanfall zu ermitteln.

Hinzu kommt eine zusätzliche Diskrepanz: Der Trust ist unbeschränkt steuerpflichtig. Wird er aber nach Art. 50 und 52 DBG wie eine Stiftung besteuert, dann wäre der Trust unbeschränkt steuerpflichtig, wenn sich der Sitz oder die tatsächliche Verwaltung in der Schweiz befinden würde und nicht nur, wenn mindestens ein Begünstigter in der Schweiz aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig ist. Die unbeschränkte Steuerpflicht wird hier nicht mit der persönlichen Zugehörigkeit begründet. Wie verhält es sich nun mit ausländischen Grundstücken, welche Teil des Trustvermögens darstellen? Man könnte die Ansicht vertreten, dass Art. 52 Abs. 1 DBG keine Anwendung findet, da der Trust nicht aufgrund persönlicher Zugehörigkeit unbeschränkt steuer-

pflichtig ist. Dies würde zu einer Besteuerung der Erträge aus ausländischen Grundstücken führen, was aber einmalig im Schweizer Steuerrecht wäre (und auch schwer vereinbar mit den Prinzipien des internationalen Steuerrechts).

Letztlich: Die unbeschränkte Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf Begünstigte ohne persönliche Zugehörigkeit zur Schweiz. Was passiert bei den Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)? Ist der Trust dann ansässig und abkommensberechtigt? Oder nur teilweise? Oder gar nicht?

4. Abs. 4

Art. 10a Abs. 4 DBG der Vernehmlassungsvorlage lautet:

"4 Ist ein Trust nach Absatz 3 gemäss dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig, so wird sein Einkommen dem Begründer zugerechnet."

Absatz 4 stellt einen klaren Verstoß gegen die DBA dar; diese würden mit obiger Bestimmung regelrecht zunichtegemacht. Ein DBA regelt die Ansässigkeit, wenn diese von zwei Ländern beansprucht wird. Wenn ein Trust gemäss DBA im Ausland ansässig ist, bedeutet dies per Definition, dass die Ansässigkeit im Ausland gegenüber der Ansässigkeit in der Schweiz "gewonnen" hat. Die Schweiz kann sicherlich nicht unilateral gemäss internem Recht Besteuerungen vornehmen, nachdem sie gemäss DBA gerade nicht als Land der Ansässigkeit gilt. Diese Problemstellung beinhaltet eine grosse Gefahr von Doppelbesteuerungen und gefährdet sowohl den Goodwill gegenüber der Schweiz in internationalen Steuerfragen als auch die Rechtssicherheit.

Eine weitere hochproblematische Thematik liegt darin begründet, dass das Einkommen aus dem Trust dem Begründer zugerechnet wird, selbst wenn der Begründer sich endgültig des Trustvermögens entäussert hat. Dies stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dar.

III. ZU ART. 24 DBG STEUERFREIE EINKÜNFTE

Art. 24 lit. a DBG der Vernehmlassungsvorlage lautet:

"Steuerfrei sind:

- a. *der Vermögensanfall infolge Erbschaft, Vermächtnis, Schenkung oder güterrechtlicher Auseinandersetzung; bei Stiftungen und bei Trusts ist für das Vorliegen einer Erbschaft, eines Vermächtnisses oder einer Schenkung auf den Zuwendungswillen derjenigen Person abzustellen, der die zugewendeten Vermögenswerte vorher steuerlich zugerechnet wurden.*

Art. 24 lit. a DBG regelt den Fall des Ablebens des Begründers des *Revocable Trusts* wie auch die Errichtung eines *Irrevocable Fixed Interest Trusts*. Bei *Irrevocable Discretionary Trusts* kann man jedoch nicht von einer Schenkung des Trusts an die Begünstigten ausgehen. Sämtliche

Ausschüttungen des Trusts an die Begünstigten unterliegen daher der Einkommenssteuer letzterer. Dies führt zu einer erheblichen Besteuerung während des gesamten Lebenszyklus: (i) Schenkungssteuer (vermutlich zum Maximalsatz) bei der Errichtung, (ii) Besteuerung der laufenden Erträge (zwar zum reduzierten Satz von 4.25% statt 8.50%, aber inkl. Kapitalgewinne) auf Stufe Trust (hinzu kommt die Kapitalsteuer auf kantonaler Ebene) und (iii) Einkommenssteuer auf sämtlichen Ausschüttungen an den Begünstigten.

Gemäss jetziger Vorlage ist der Trust aufgrund seiner steuerlichen Behandlung unattraktiv. Zumindest die Ausschüttungen bis zum Betrag des eingebrachten und des mittels Schenkungssteuer versteuerten Trustvermögens sollten steuerfrei getätigt werden können. Sodann stellt sich die Frage, ob Ausschüttungen an die Begünstigten überhaupt zu versteuern sind, wenn sämtliche Erträge (inkl. Kapitalgewinne) auf Stufe Trust besteuert wurden (nachdem das eingebrachte Kapital der Schenkungssteuer zum Maximalsatz unterlag).

IV. ZU ART. 55 DBG MITHAFTUNG

Art. 55 DBG der Vernehmlassungsvorlage lautet wie folgt:

"5 Für die Steuern eines Trusts nach Artikel 10a Absatz 3 oder 4 haften die in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Begünstigten und der Begründer solidarisch."

Im Falle eines nach Artikel 10a Absatz 3 oder 4 DBG besteuerten Trusts würden die Begünstigten für die Steuerschulden haften, selbst wenn sie nicht über Ansprüche auf Leistungen aus dem Trustvermögen verfügen. Potentielle Begünstigten könnten für Steuerschulden haften, selbst wenn sie schlussendlich überhaupt keine Leistungen aus dem Trust erhalten würden. Weiter würde nach dieser Bestimmung der Begründer für die Steuerschulden haften, obschon er sich endgültig des Trustvermögens entäussert hat. Dies stellt für den Begründer wie auch für die Begünstigten ein Problem dar, verstösst dies doch gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (auch wenn das Steuerrecht analoge Bestimmungen schon kennt).

Für wohlwollende Prüfung der obigen Stellungnahme sind wir Ihnen zu Dank verpflichtet. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Catherine Grun Meyer Daniel Antognini Morgan Boëffard Derya Özdoğan



Ordre romand des experts fiscaux diplômés

Par e-mail

(zz@bj.admin.ch)

Mme Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève, le 29 avril 2022

Consultation relative au projet d'introduction du trust : modification du code des obligations

Madame la Conseillère fédérale,

L'Ordre Romand des Experts Fiscaux Diplômés (OREF) est une association professionnelle suisse créée en 1985 et composée d'environ 250 membres actifs dans le domaine fiscal tant au sein d'entreprises et d'autorités fiscales qu'en tant que conseillers pour des personnes morales et privées.

Dans la mesure où l'Avant-Projet de loi élaboré dans le cadre du projet d'introduction du trust en droit suisse (ci-après : « **AP** ») comprend également un volet fiscal, l'OREF souhaite participer à la consultation, tout en limitant sa prise de position à cet aspect.

Executive Summary

L'OREF salue l'introduction d'un trust de droit suisse au plan civil. Il ne peut toutefois pas en l'état apporter son soutien aux dispositions fiscales prévues par l'AP.

En effet, l'OREF relève de nombreuses difficultés et incohérences sur cet aspect-là, notamment l'introduction de nouveaux critères d'assujettissement inédits en droit suisse et peu praticables. Par ailleurs, l'AP fait référence au concept de « part », qui est étranger à l'institution du trust irrévocable et discrétionnaire et, par conséquent, inapplicable en pratique. En outre, il en découlera une augmentation conséquente de la charge fiscale des trusts en raison de la triple imposition envisagée, ce qui rendra ceux-ci peu attrayants et nuira à l'attractivité de la Suisse. Enfin, la solidarité projetée pose de réels problèmes de cohérence et de constitutionnalité.

L'OREF recommande ainsi le renvoi de l'AP au groupe de travail s'agissant des aspects fiscaux. Il préconise le maintien - avec quelques améliorations possibles - des modalités actuelles, dont le degré de formalité (loi au sens formel, Circulaire, autre) devra être apprécié en fonction de la nouvelle proposition élaborée.

I. Remarques introductives

L'OREF salue l'introduction d'un trust de droit suisse au plan civil, qui offre notamment un instrument important de planification successorale palliant aux carences du droit suisse en la matière.

Le volet fiscal de l'AP pose toutefois des difficultés majeures, tant d'un point de vue juridique que pratique. Ces difficultés pourraient rendre rédhibitoire la constitution de nouveaux trusts, à tel point que l'institution du trust suisse demeurerait lettre morte. Par ailleurs, l'introduction de ces dispositions risque de freiner l'installation en Suisse de nouveaux contribuables, parties prenantes à un trust.

Notre prise de position se concentre principalement sur les aspects liés au trust irrévocable et discrétionnaire, dont les modalités d'imposition diffèrent sensiblement de celles appliquées à ce jour.

II. Modalités d'imposition, en général

A titre liminaire, il convient de relever que, depuis 2007, le traitement fiscal des trusts est régi par la Circulaire N° 30 de la Conférence suisse des impôts (ci-après : « **CSI** »), reprise par l'Administration fédérale des contributions dans le cadre de la Circulaire N° 20 du 27 mars 2008.

Comme relevé à juste titre dans le rapport explicatif, la pratique actuelle n'est que très rarement contestée dans le cadre de procédures judiciaires, les modalités d'imposition étant généralement discutées avec les autorités fiscales préalablement à la constitution du trust. Ceci dit, suite à (i) l'adaptation de la Suisse aux prescriptions de l'OCDE en ce qui concerne l'échange de renseignements, (ii) la signature en 2013 de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, il est possible que les autorités fiscales soient amenées à examiner le traitement fiscal de trusts d'ores et déjà constitués, engendrant éventuellement des contestations, selon l'analyse conduite.

La fixation des modalités d'imposition du trust, respectivement du constituant et des bénéficiaires, *via* des normes plus ou moins formelles (cf. *infra*, IV) est souhaitable compte tenu de ce qui précède, et est d'autant plus adéquate qu'elle pourrait actuellement avoir lieu dans le cadre de l'introduction du trust en droit suisse. En effet, il serait de notre point de vue

peu cohérent d'introduire un nouvel instrument dans l'ordre juridique suisse sans l'accompagner de dispositions fiscales clarifiant le traitement fiscal y relatif.

Cependant et comme indiqué ci-dessus, les modalités retenues dans le cadre de l'AP soumis à consultation conduiraient à rendre cet instrument peu ou pas praticable ou recommandable, pour les motifs décrits ci-après sous le point III.

Par ailleurs, l'AP actuel impacterait de façon négative l'attractivité de la Suisse, notamment en décourageant l'installation de nouveaux contribuables en Suisse qui seraient bénéficiaires d'un trust de droit étranger, voire en provoquant le départ de contribuables bénéficiaires ou constituants d'un trust irrévocable et discrétionnaires, actuellement domiciliés en Suisse, qui ne seraient pas couverts par la clause transitoire.

III. Commentaires des dispositions légales

A. Revocable Trust (art. 10a al. 1 AP-LIFD ; art. 6a al. 1 AP-LHID)

L'Avant-projet reprend la pratique actuelle et n'appelle pas de commentaire particulier.

B. Irrevocable Fixed Interest Trust (art. 10a al. 2 AP-LIFD ; art. 6a al. 2 AP-LHID)

L'Avant-projet reprend la pratique actuelle et n'appelle pas de commentaire particulier. Cela dit, selon la formulation actuelle, « *Les revenus [et la fortune du trust] sont ajoutés à ceux des bénéficiaires conformément à leurs parts (...)* » (nous soulignons). Or, ce concept de "parts" est étranger aux trusts, et les prétentions des bénéficiaires sur les actifs et sur les revenus du trust ne peuvent pas toujours être déterminées.

Nous suggérons donc de remplacer cette terminologie par la suivante : « *conformément aux prétentions fermes dont ils disposent (...)* ».

C. Irrevocable and Discretionary Trust (art. 10a al. 3 AP-LIFD ; art. 6a al. 3 AP-LHID)

Les nouvelles modalités d'imposition du trust irrévocable et discrétionnaire divergent de la pratique actuelle en ce sens que la fortune et les rendements y relatifs seront dorénavant imposés selon les dispositions applicables aux fondations.

Selon le rapport explicatif, la solution proposée permettrait de remédier aux problèmes de constitutionnalité, critère prioritaire pour le Conseil Fédéral, plus particulièrement l'égalité de traitement et l'imposition en fonction de la capacité contributive. De plus, elle permettrait une « *[é]galité de traitement fiscal avec une fondation de famille* » (Rapport explicatif, p. 80). Cette solution s'avérerait toutefois moins avantageuse s'agissant des critères de l'attractivité de la place économique, des frais administratifs et de la praticabilité.

Comme il sera exposé ci-après, les modalités d'imposition proposées soulèvent de nombreux problèmes juridiques et difficultés pratiques.

(i) *Nouvelles règles d'assujettissement*

L'AP crée de nouveaux critères d'assujettissement applicables au trust, malgré le fait que celui-ci soit soumis aux mêmes règles d'imposition que la fondation. En effet, selon les art. 10a al. 3 AP-LIFD et 6a al. 3 AP-LHID, le trust est assujetti de manière illimitée dès lors :

- qu'un bénéficiaire au moins est assujetti en Suisse à raison de son rattachement personnel et, en l'absence de bénéficiaire déterminé,
- que le fondateur est rattaché personnellement à la Suisse ou l'était au moment de son décès (*règle subsidiaire*).

Bien que nous comprenions certains des objectifs poursuivis par l'introduction de ces critères, lesdits critères sont en contradiction avec ce qui prévaut pour la fondation, qui est quant à elle assujettie au lieu de son siège ou de son administration effective. Par ailleurs, l'application de ces critères nous paraît problématique.

Sur un plan pratique, il sera difficile pour les autorités fiscales, respectivement pour le trustee, de déterminer l'assujettissement du trust en Suisse. En effet, à teneur de l'AP, un trust irrévocable discrétionnaire – de droit étranger ou de droit suisse – avec plusieurs bénéficiaires, dont un seul domicilié en Suisse, pourra être assujetti en Suisse alors même que le bénéficiaire suisse peut n'avoir encore touché aucun versement, voire même ignorer son statut de bénéficiaire. Cela signifie-t-il que, lors de la première distribution en faveur dudit bénéficiaire, l'autorité fiscale pourrait ouvrir une procédure de rappel d'impôt/soustraction fiscale à l'encontre du trust pour le passé compte tenu du fait que le bénéficiaire se trouvait d'ores et déjà en Suisse les années précédentes, avec une éventuelle responsabilité solidaire du bénéficiaire ? Cette situation crée une grande insécurité juridique.

Une autre question sera de déterminer à partir de quel moment une personne doit être considérée comme bénéficiaire : lorsqu'elle est nommément désignée en tant que bénéficiaire ? Lorsqu'elle appartient à un cercle de bénéficiaires potentiels ? Qu'en est-il lorsqu'il existe plusieurs « rangs » de bénéficiaires : les bénéficiaires de second rang doivent-ils être considérés comme des bénéficiaires ?

En cas de maintien du critère d'assujettissement en fonction du domicile du bénéficiaire, il conviendrait à tout le moins de le restreindre aux bénéficiaires ayant reçu une distribution, à partir de la date de la première distribution.

A cela s'ajoute la problématique du transfert du domicile du/des bénéficiaire(s) à l'étranger (en l'absence de constituant en Suisse) et de ses effets au niveau de l'imposition du trust. Il n'est pas exclu qu'une telle configuration constitue un cas de réalisation des réserves latentes.

Enfin, selon notre compréhension de l'Avant-projet, la fortune et le revenu d'un trust pourraient être entièrement imposables en Suisse en raison d'un assujettissement illimité du fondateur/constituant (règle subsidiaire). Or, cet assujettissement devra être revu en conséquence lorsqu'un bénéficiaire deviendra identifiable, ce qui ne sera pas toujours très cohérent. Selon la teneur du rapport explicatif (Rapport explicatif, p. 69), dans ce cas, l'assujettissement ne s'étendrait pas aux parts des bénéficiaires résidents à l'étranger. Ici aussi, la notion de « part » sera souvent difficile à identifier en pratique.

Il ressort de ce qui précède que ces nouveaux critères d'assujettissement sont difficilement applicables et compréhensibles pour les différentes parties prenantes d'un trust ainsi que les autorités fiscales.

(ii) *Assiette imposable*

L'AP prévoit d'assujettir le trust en Suisse de façon illimitée à raison du rattachement personnel du(des) bénéficiaire(s) (art. 10a al. 3 AP-LIFD ; art. 6a al. 3 AP-LHID). Dans ce cas, l'assujettissement fiscal ne s'étendra pas aux parts des bénéficiaires résidant à l'étranger (Rapport explicatif, p. 69).

Cette approche semble problématique tant d'un point de vue technique que pratique.

En effet, le propre du trust irrévocable discrétionnaire est de permettre un versement *discrétionnaire* en faveur des bénéficiaires. Ces derniers n'ont donc, par définition, aucun droit fixe à l'obtention de versements – et encore moins de « parts » – mais uniquement des expectatives. Il n'est dès lors pas cohérent de leur imputer une part des revenus et de la fortune du trust, car cette part ne sera pas déterminable. Le rapport explicatif a bien identifié cette problématique mais indique que « [l]a manière dont ces parts seront déterminées en termes de montants dans les cas individuels relève de la pratique » (Rapport explicatif, p. 78). Il n'est pourtant pas évident de percevoir par quel procédé on serait en mesure de déterminer dans la pratique des parts qui, au vu des caractéristiques de ces trusts, n'existent pas.

Cela sans compter que les bénéficiaires peuvent varier dans le temps (naissance d'un descendant de l'un des bénéficiaires, décès de l'un des bénéficiaires), ce qui nécessiterait à chaque fois de déterminer à nouveau la part de chacun.

(iii) *Conformité aux conventions internationales visant à éviter les cas de double imposition (« CDI »)*

L'AP n'est pas clair sur ce point (cf. art. 10a al. 4 AP-LIFD ; art. 6a al. 4 AP-LHID).

Comme nous le comprenons, les revenus du trust ne pourront être ajoutés à ceux du constituant que dans les cas où, malgré le fait qu'une CDI donne à un autre pays le droit d'imposer le trust, ce pays ne fait pas usage de ce droit, c'est-à-dire ne prélève pas l'impôt y relatif.

Si ces dispositions devaient être comprises autrement, par exemple comme autorisant dans tous les cas à ajouter les revenus du trust à ceux du constituant pour l'assiette imposable, cela serait particulièrement problématique, car cela impliquerait une double taxation du même revenu au motif que le trust et le constituant sont deux contribuables différents et alors même que le constituant ne touche aucune distribution du trust. Un même patrimoine serait imposé deux fois dans son ensemble, car il serait attribué dans chaque Etat à une personne différente. La conformité d'une telle approche avec les règles d'attribution des CDI serait douteuse.

(iv) Augmentation importante de la charge fiscale par rapport au régime actuel

Au surplus, le régime fiscal proposé, à la lettre de la loi (cf. art. 24 let. 4 AP-LIFD ; art. 7 al. 4 let c AP-LHID), aboutit à la conversion du capital apporté au trust en revenu lorsqu'il est distribué aux bénéficiaires, en tout cas pour ce qui est des trusts discrétionnaires et irrévocables, contrairement à la situation prévalant actuellement. Cette proposition dénuée d'intérêt l'institution du trust, qui vise notamment à fournir un instrument permettant d'assurer le transfert du patrimoine entre générations. Il en résulte ainsi, dans le cas de trusts irrévocables et discrétionnaires, une triple imposition de l'actif attribué au trust, soit (i) à l'impôt sur les donations (ou les successions) lors de son attribution au trust (en fonction du droit cantonal applicable), (ii) à l'impôt sur le capital pendant sa détention par le trust et (iii) à l'impôt sur le revenu lors de sa distribution au bénéficiaire.

D. Autres dispositions

(i) Solidarité

Selon l'art. 55 al. 5 AP-LIFD, les bénéficiaires et les constituants assujettis de manière illimitée en Suisse sont solidairement responsables des impôts d'un trust au sens de l'art. 10a al. 3 ou 4 AP-LIFD. Cette solidarité n'est par ailleurs pas limitée.

L'imposition analogue du trust irrévocable discrétionnaire à celle de la fondation – sans pour autant appliquer les mêmes critères en matière d'assujettissement – posera à l'évidence des difficultés aux autorités fiscales pour notifier voire recouvrer leurs créances fiscales lorsque le trustee est à l'étranger, surtout lorsqu'aucun bien n'est situé en Suisse.

Le régime de solidarité tel qu'envisagé par l'AP s'éloigne de la conception habituelle que l'on a de cette notion en droit fiscal. En effet, la solidarité résulte ordinairement soit d'un lien économique (e.g. solidarité du donateur pour les droits de donation), soit d'un pouvoir décisionnel sur le patrimoine concerné (e.g. solidarité du liquidateur).

Or, le settlor qui s'est définitivement dessaisi de son patrimoine en faveur d'un trust irrévocable et discrétionnaire, respectivement le bénéficiaire d'un tel trust, ne dispose pas (ou plus) d'un pouvoir décisionnel sur le patrimoine dudit trust. De plus, le lien économique fait défaut, le

bénéficiaire ayant uniquement des expectatives et le settlor ne présentant aucun lien allant au-delà de ceux relatifs à l'opération de dessaisissement.

La solidarité envisagée par l'AP reviendrait ainsi à rechercher une personne pour des impôts (revenus et fortune) alors que cette dernière ne jouit d'aucune prétention ferme à cet égard, ni d'aucun pouvoir décisionnel (et ne dispose pas nécessairement des moyens de s'acquitter de l'impôt). Cette règle serait donc en contradiction avec le principe de réalisation du revenu qui fonde l'imposition de celui-ci, voire avec le principe de la capacité contributive.

La solidarité du constituant pose en outre un réel problème de cohérence. En effet, dans le cadre d'un trust constitué du vivant du fondateur/constituant, ce dernier devra s'acquitter de l'impôt sur les donations. Il paraît alors difficile de justifier qu'il soit ensuite tenu de s'acquitter de l'impôt sur la fortune et sur les rendements du trust.

Il conviendrait à tout le moins de limiter cette solidarité aux montants des distributions reçues par les bénéficiaires pour les années durant lesquelles celles-ci ont été versées.

(ii) Clause transitoire

La clause transitoire (art. 205g AP-LIFD ; art. 78h AP-LHID) pose deux problèmes. Premièrement, elle ne tient pas dûment compte du fait qu'un trust peut être complété par le constituant au fil du temps ; le fait de prévoir de maintenir les modalités d'imposition actuelles à un trust existant dans l'hypothèse d'une contribution ultérieure, même minime, ne nous semble pas justifié et ce d'autant plus que ces éventuelles contributions complémentaires pourraient d'ores et déjà être prévues, notamment dans le cadre de dispositions testamentaires.

Deuxièmement, la clause ne prend nullement en considération les trusts déjà planifiés mais pas encore constitués, en particulier ceux prévus par des pactes successoraux ou des testaments. Ces dispositions testamentaires sont souvent le résultat de discussions et négociations extrêmement longues, difficiles et complexes entre les parties, et l'application du nouveau droit forcerait celles-ci à revoir leur planification successorale. Pire encore, si l'une des parties au pacte successoral ou si le testateur (en cas de testament) est devenu incapable de discernement ou a déjà mis en œuvre la transmission de certains éléments de son patrimoine, une modification des dispositions pour cause de mort ne sera plus possible, alors même que ces dernières ne reflètent vraisemblablement plus la volonté des intéressés. Les aspects fiscaux sont en effet essentiels dans le cadre de toute planification et sont bien souvent des facteurs décisifs.

Il convient dès lors de modifier la clause pour (i) prévoir la possibilité pour le constituant d'y attribuer des valeurs complémentaires, tout en fixant un plafond en fonction d'un pourcentage des actifs d'ores et déjà compris dans le trust et (ii) inclure dans la clause également les trusts dont la constitution interviendra après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions mais est d'ores et déjà prévue par des dispositions pour cause de mort.

IV. Proposition

Compte tenu de ce qui précède, l'OREF estime que la fixation des modalités d'imposition est souhaitable dans le cadre de l'introduction de ce nouvel instrument.

En revanche, pour les motifs exposés ci-dessus, la variante retenue dans le cadre de l'AP n'est pas soutenue par l'OREF dans la mesure où elle conduirait vraisemblablement à rendre le trust suisse peu attractif et, surtout, nuirait à l'attractivité de la Suisse pour les bénéficiaires/constituants de trusts étrangers. Par ailleurs, cette variante soulève également des problèmes de constitutionnalité.

Nous sommes conscients que certaines modalités de l'imposition actuelle ressortant de la Circulaire 30 de la CSI peuvent aussi être critiquées sous l'angle constitutionnel, en particulier s'agissant de la distinction opérée en fonction du lieu du domicile (en Suisse ou à l'étranger) du settlor au moment de la constitution du trust. Ceci dit et comme relevé dans le rapport explicatif, certaines différences peuvent se comprendre. En effet, tandis que certains droits étrangers connaissent la possibilité d'un dessaisissement sans enrichissement correspondant, une telle faculté est inconnue de l'ordre juridique suisse, tant sous l'angle civil que fiscal. De plus, d'autres différences de traitement extrêmement conséquentes existent entre les ressortissants suisses et étrangers, notamment le régime fiscal de l'imposition d'après la dépense, qui sert l'intérêt public (Message relatif à la loi fédérale sur l'imposition d'après la dépense, FF 2011 5605, p. 5629 s.).

Partant, l'OREF considère qu'une proposition reprenant les principes d'ores et déjà appliqués depuis 2007 serait plus appropriée, tant les contribuables que les autorités fiscales étant globalement satisfaits du régime existant. Certains aménagements à la pratique actuelle pourraient être examinés par le groupe de travail en charge du volet fiscal, afin d'en améliorer, si possible, la conformité au droit constitutionnel. Le degré de formalité requis pour les normes fiscales du projet (loi au sens formel, circulaire ou autre) devra également être examiné par le groupe, sur la base de la nouvelle proposition élaborée.

En tout état de cause, nous recommandons l'abandon des modalités prévues par l'AP et le renvoi au groupe de travail en charge des aspects fiscaux afin d'élaborer une alternative.

* * *



Ordre romand des experts fiscaux diplômés

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre plus haute considération.

ORDRE ROMAND DES
EXPERTS FISCAUX DIPLOMES



Marc Nicolet



Sarah Busca Bonvin

Für Sie zuständig:
Christian Bopp
071 225 95 74
christian.bopp@raiffeisen.ch

Vernehmlassung zur Einführung eines Schweizer Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

29.04.2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 12. Januar 2022 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zu nehmen zur Einführung eines Schweizer Trusts. Diese Gelegenheit nimmt Raiffeisen gerne wahr.

Management Summary

Die geplanten steuerrechtlichen Regelungen zum Trust hätten zur Folge, dass insbesondere der zur Nachlassplanung genutzte Irrevocable Discretionary Trust im Vergleich zu im Ausland errichteten Trusts unvorteilhaft besteuert würde. Aus diesem Grund wird der Entwurf des Bundesrates von der SBVg wie auch von economiesuisse in globo abgelehnt. Raiffeisen sieht bei ihren Kunden kein Potential für den Trust. Eine Umsetzung des Schweizer Trusts wäre zudem mit hohen Kosten verbunden. Raiffeisen schliesst sich daher der ablehnenden Haltung der SBVg und von economiesuisse an, regt aber einen Ausbau der bestehenden Rechtsinstitute, insbesondere der Stiftung an.

Allgemeine Beurteilung der Vorlage

Wie der Bundesrat in seinem Erläuternden Bericht zur Vernehmlassung aufführt, werden im Ausland errichtete Trusts basierend auf dem Haager Trust-Übereinkommen (HTÜ) von der Schweiz seit 2007 anerkannt. Die Besteuerung erfolgt basierend auf den allgemeinen Grundsätzen des Steuerrechts sowie zwei Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung. Die steuerliche Zurechnung der Vermögenswerte und Erträge des Trusts hängt dabei von der Ausgestaltung des Trusts ab.

Der nun vorliegende Entwurf des Bundesrates für die Einführung eines Schweizer Trusts weist die wesentlichen Merkmale eines Trusts nach angelsächsischem Recht auf und stimmt mit der Definition im Haager Trust-Übereinkommen überein. Der Schweizer Trust soll gemäss Bundesrat neue Anwendungs- und Geschäftsmöglichkeiten zur Erhaltung, Verwaltung oder Sicherung von privatem wie auch geschäftlichem Vermögen eröffnen. «Im familiären Kontext wird der Trust häufig zur Nachlassplanung eingesetzt, um namentlich die Übertragung eines Vermögens über mehrere Generationen zu ermöglichen». Im Wirtschaftsleben können Trusts «auch zur Erhaltung, Verwaltung oder Sicherung von Vermögen verwendet werden, zum Beispiel zur Finanzierung von Investitionen und Transaktionen».

Die bestehenden steuerrechtlichen Regelungen zum (im Ausland errichteten) Trust sollen gemäss Vorlage des Bundesrates grösstenteils übernommen werden. Der unwiderrufliche Trust ohne feste Ansprüche der Begünstigten (Irrevocable Discretionary Trust) soll neu aber analog der Stiftung (d.h. zum Einkommens- und Vermögenssteuersatz für natürliche Personen) besteuert werden, was gerade im Vergleich zu im Ausland errichteten Irrevocable Discretionary Trusts zu einer vergleichsweise hohen Steuerbelastung führen kann. Dies schmälert die Attraktivität des Schweizer Trusts insbesondere für die Nachlassplanung massiv.

Weitere Überlegungen

Raiffeisen sieht bei der Einführung eines Schweizer Trusts kein Geschäftspotential. Erstens weil es sich um ein dem Schweizer Recht fremdes Rechtsinstitut handelt. Zweitens setzt das Errichten wie auch das Führen eines Trusts nicht unerhebliche finanzielle Mittel voraus und bleibt so Personen mit sehr grossen Vermögenswerten vorbehalten. Die Implementierung der Schweizer Trust-Regelungen wäre zudem mit hohem technischem und administrativem Aufwand sowie der Notwendigkeit von zusätzlichen Schulungen oder dem Anbieten von neuen zentralen Dienstleistungen verbunden.

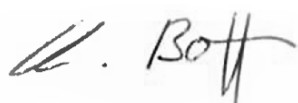
Schweizer Regelungen für in der Schweiz genutzte ausländische Rechtsinstitute sind zwar grundsätzlich zu begrüßen, da sie Rechtssicherheit schaffen. Es ist aber fraglich, ob der Schweizer Trust gemäss dem Vorschlag des Bundesrates in der Praxis tatsächlich rege genutzt würde. Es handelt sich um ein «rechtsfremdes» Institut, bei dem die Vermögenswerte nur auf eine natürliche Person übertragen werden können. Das Schweizer Recht kennt bereits vergleichbare Institute wie die Treuhandchaft oder die Stiftung. Um Letztere nicht zu konkurrenzieren, hat der Bundesrat denn auch die Errichtung karitativer Trusts und anderer sog. Purpose Trusts vom Vorentwurf ausgeschlossen und explizit bemerkt, dass er eine spätere Änderung des Stiftungsrechts, namentlich im Bereich der Familienstiftungen, nicht ausschliesse.

Die geplante steuerrechtliche Behandlung des Irrevocable Discretionary Trust wie eine Stiftung führt schliesslich dazu, dass ein im Ausland errichteter Trust, welcher anderen Regelungen folgt, insbesondere für die Nachlassplanung nach wie vor attraktiver bleibt als ein Schweizer Trust. Aus diesem Grund lehnen die SBVg wie auch economiesuisse in globo den Entwurf des Bundesrates ab.

Da die Einführung eines Schweizer Trusts für Raiffeisen mit hohen Kosten verbunden wäre und kein Geschäftspotential bringt, schliesst sich Raiffeisen zusammenfassend der ablehnenden Haltung der SBVg und economiesuisse an. Statt der Einführung eines rechtsfremden Instituts möchten wir jedoch den Ausbau der bestehenden, bekannten und akzeptierten Schweizer Rechtsinstitute, wie insbesondere der Stiftung, beliebt machen. Dies wäre sinnvoller und wünschenswerter und würde allen interessierten Gruppen und Betroffenen Vorteile bringen.

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns bestens. Wir bitten um Berücksichtigung der Anliegen von Raiffeisen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Christian Bopp
Head Regulatory Affairs

Dr. Christian Hofer
Leiter Public Affairs a.i.

Par e-mail (zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Neuchâtel / Genève, le 29 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la procédure de consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

Nous vous remercions de l'opportunité donnée à la Swiss Association of Trust Companies (ci-après « SATC ») de participer à cette consultation et de prendre position sur ce sujet d'une grande importance pour la SATC et pour ses membres.

I. Sommaire

La SATC soutient le principe de l'introduction du trust dans le droit civil suisse, à savoir la codification de cette institution telle que proposée dans le Code des Obligations, à condition que le volet fiscal du projet soit abandonné dans son entier et que les règles actuelles d'imposition en matière de trusts soient maintenues (Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts et Circulaire no 20 du 27 mars 2008 de l'Administration fédérale des contributions).

La SATC rejette vigoureusement la codification proposée sur le plan fiscal, qui est néfaste non seulement pour l'industrie des trusts, mais aussi pour l'attractivité de la Suisse en général.

Si le volet fiscal devait être maintenu, la SATC rejetterait le projet dans son intégralité.

A notre connaissance, notre position est partagée par plusieurs autres organisations, notamment la Society of Trust and Estate Practitioners (STEP), qui ont également prévu de soumettre des prises de position dans ce sens.

II. Dispositions fiscales

La SATC rejette clairement les dispositions fiscales du projet, en particulier celles concernant l'imposition des trusts discrétionnaires et irrévocables (de loin la forme la plus fréquente en pratique), qui sont mal conçues, superflues et potentiellement dangereuses. La proposition contenue dans le projet d'imposer les trusts discrétionnaires et irrévocables comme des fondations n'est pas admissible dans le cadre légal et notamment constitutionnel existant. Elle est aussi irréaliste et impossible à mettre en pratique.

A l'appui de sa position, la SATC invoque les arguments suivants :

1. De l'aveu même du Conseil fédéral (ch. 5.1.4.5 du rapport explicatif, p. 80), l'Option 1 retenue est - avec l'Option 2 - la moins favorable des 7 variantes examinées en ce qui concerne l'attractivité de la Suisse en tant que place financière, ce qui contredit de manière directe l'un des objectifs principaux du projet (ch. 1.2.3.2 du rapport explicatif, p. 27).
2. L'Option 1 rend aussi la Suisse très peu attrayante pour les personnes qui envisagent de s'y établir pour quelque temps, par exemple des personnes fortunées intéressées par le système d'imposition selon la dépense, mais aussi un cadre d'une société multinationale détaché en Suisse pour deux ou trois ans, voire même un étudiant qui souhaite venir étudier en Suisse pour une année ou deux, qui se trouvent être bénéficiaires d'un trust familial sans autre lien avec la Suisse. Un tel trust se verrait soudain imposé dans notre pays du seul fait de la présence de ce bénéficiaire unique, et ce même si aucune distribution n'est reçue durant le séjour en Suisse.
3. Ainsi qu'il est mentionné dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.5, p. 81), l'Option 1 résulte en une potentielle triple imposition: lors de la constitution du trust (impôts cantonaux de succession/donation), annuellement sur les revenus et la fortune du trust (impôts sur le bénéfice et sur le capital selon le régime de la fondation) et lors d'une distribution (impôt sur le revenu). Un traitement fiscal aussi défavorable aura automatiquement pour effet de rendre ce type de trust, par ailleurs très fréquent en pratique, complètement inintéressant.
4. Bien que le projet prévoie des dispositions transitoires pour les trusts existants, il rend aussi la Suisse moins attrayante pour les étrangers imposés selon la dépense qui s'y trouvent déjà: les nouvelles règles - très défavorables comme on l'a vu - s'appliqueront à tout nouveau trust que ces personnes pourraient créer et pourraient même s'appliquer à des trusts existants si de nouveaux actifs étaient apportés à ces derniers après l'entrée en vigueur des règles en question.
5. En prétendant imposer un trust comme une personne morale - ce que le trust n'est clairement pas - l'Option 1 est aussi contraire à la Constitution (cf. art. 128 par. 1 let. b de la Constitution). Pour qu'une telle solution soit admissible, il faudrait une modification préalable de la Constitution.
6. L'Option 1 restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines de la fiscalité qui sont en majorité de leur ressort : les impôts de succession et de donations, l'impôt sur la fortune et l'imposition selon la dépense. Elle déplace aussi le droit à l'imposition du canton de résidence du settlor au(x) canton(s) de résidence du/des bénéficiaire(s), ce qui peut avoir des effets imprévus (et non souhaitables).

7. L'imposition du trust selon la "part" du/des bénéficiaire(s) résident(s) en Suisse, respectivement dans le(s) canton(s) respectif(s), semble très difficile, si ce n'est impossible : comment déterminer de telles « parts » dans le cas d'un trust entièrement discrétionnaire ? Ce point est aussi problématique s'agissant de l'imposition des trusts dits « fixed interests », pour lesquels il peut notamment s'avérer difficile de déterminer des parts imposables lorsque certains bénéficiaires n'ont droit qu'aux revenus du trust (ou une partie de ceux-ci), tandis que d'autres ont un droit (subordonné) au capital (ou à une partie de celui-ci).
8. Un autre point qui nous semble critiquable est la responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants telle que prévue au nouvel article 55 al. 5 LIFD. Cette disposition, dont la seule raison d'être est de préserver les intérêts du fisc suisse, peut conduire à des résultats choquants, comme par exemple l'imposition de bénéficiaires n'ayant reçu aucune distribution, qui ne dispose potentiellement pas des fonds nécessaires et à qui la capacité contributive économique fait défaut et n'est peut-être même pas conscient de sa qualité de bénéficiaire. L'exemple de l'étudiant mentionné ci-dessus est parlant à cet égard : il serait choquant de prétendre imposer un tel étudiant dont les ressources financières pourraient être très limitées.
9. Le système actuel d'imposition des trusts selon la Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts, qui a été validée par l'Administration fédérale des contributions par le biais de sa Circulaire no 20 du 27 mars 2008, a fait ses preuves : ce système est en place depuis bientôt 15 ans et fonctionne à la satisfaction de toutes les personnes et entités concernées, y compris les cantons et la branche des trustees.
10. Les réserves qui ont pu être émises au sujet de la constitutionnalité de certaines de ces règles - en général peu après leur publication et en partie par des auteurs qui ne sont pas forcément en prise directe avec la pratique - ne semblent pas insurmontables :
 - (i) L'argument selon lequel l'imposition du settlor viole le principe de l'imposition selon la capacité contributive économique ne semble pas convaincant si l'on considère que le settlor qui crée un trust en toute connaissance de cause s'agissant des implications fiscales renonce en effet, de son propre chef, à la protection de ce droit constitutionnel.
 - (ii) En ce qui concerne la différence de traitement entre settlors résidents en Suisse et à l'étranger, il nous semble que les différences juridiques et fiscales entre ces deux situations sont suffisantes pour justifier un traitement différencié.

III. Dispositions de droit civil

Nous saluons le projet en ce qui concerne la codification proposée dans le Code des Obligations. Nous pensons qu'un travail remarquable a été accompli afin d'intégrer l'instrument juridique du trust dans le cadre légal suisse. Le projet présente un excellent équilibre entre les caractéristiques que l'on attend d'un trust et les contraintes du système juridique dans lequel ces dispositions s'inscrivent.

En particulier, les dispositions de droit civil du projet sont conformes aux concepts du droit civil suisse, notamment en ce qui concernant les aspects matrimoniaux et successoraux. Sur la base de l'art. 15 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance, les

dispositions légales du droit matrimonial et du droit des successions ne seraient pas impactées par l'introduction du droit suisse des trusts.

Nous nous permettons néanmoins de mentionner ci-après quelques points sur lesquels nous pensons que le projet pourrait être amélioré, notamment afin de le rendre plus compétitif en comparaison internationale (les points suivent la séquence des articles du projet de modification du Code des Obligation, leur ordre ne reflètent pas leur importance respective) :

1. Renoncement aux droits d'un bénéficiaire

L'article 529(d)(4) stipule qu'un bénéficiaire peut renoncer aux droits ou expectatives que lui procure un trust. Nous recommandons de clarifier si cela inclut la possibilité de renoncer à ces droits ou expectatives de manière permanente (irrévocable) ou temporaire (révocable).

2. Cession des pouvoirs du constituant

Selon l'article 529(e)(2), le constituant ne peut céder ses pouvoirs à un tiers pour agir en son nom. Ce n'est pas le cas dans d'autres juridictions, où un constituant peut nommer un mandataire en vertu d'une procuration pour agir s'il perd sa capacité mentale. Ce n'est pas une obligation, mais c'est une option attrayante pour les constituants, et nous recommandons son inclusion dans toute révision du projet.

A titre d'exemple, cette possibilité est fréquemment utilisée par les constituants de trusts qui qualifient de « grantor trusts » selon la législation fiscale des Etats-Unis, ce afin de s'assurer que le trust puisse conserver son statut fiscal jusqu'au décès du constituant, même si celui-ci venait à perdre sa capacité mentale.

3. Pouvoirs du protecteur

Le projet prévoit à l'article 529(f)(1) (dernière phrase) que le protecteur ne peut révoquer le trust que du vivant du constituant. Cette disposition paraît problématique à deux égards :

- (i) Du point de vue de la terminologie, la seule personne qui peut révoquer le trust est celle qui l'a constitué, c'est-à-dire le constituant. Un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur ne devrait dès lors pas être désigné comme pouvoir de révocation.
- (ii) S'il semble logique qu'un pouvoir de révocation du constituant s'éteigne avec la mort de ce dernier, on ne voit en revanche pas pourquoi il devrait en aller de même avec un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur. Une telle disposition limite sans raison la portée potentielle de ce pouvoir du protecteur.

Par ailleurs, il est à noter que l'article 529(h) mentionne le terme "exclusivement" lorsque le trustee doit agir exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires, mais nous notons que le même concept n'est pas inclus dans l'article 529(f)(3) en ce qui concerne le protecteur. Nous recommandons que cela soit corrigé.

4. Responsabilité du trustee

L'article 529(g)(3) stipule que le trustee a une responsabilité personnelle et que cette responsabilité peut être exclue par l'intermédiaire d'une convention avec le créancier.

D'autres droits des trusts - par exemple Jersey - limitent la responsabilité du trustee envers les tiers aux biens du trust lorsque le créancier savait qu'il concluait un contrat avec un trustee. Si les dispositions du droit suisse sont moins favorables, celui-ci sera peu attrayant sur le plan international (du moins pour les trustees).

Nous recommandons d'introduire des dispositions similaires à l'art. 32 de la loi Jersey sur les trusts (Trusts (Jersey) Law 1984). Il convient de noter qu'en cas de violation des obligations du trustee (« breach of trust »), la protection offerte par l'art. 32 de la loi de Jersey, qui se réfère à la fraude, à la faute intentionnelle et à la négligence grave du trustee, ne s'applique pas.

L'article 529(s)(2) gagnerait à être clarifié en fonction des points susmentionnés.

L'art. 529(g)(3) devrait également être clarifié sur le point de savoir quelles sont les limites admissibles à l'exclusion de la responsabilité personnelle en accord avec le créancier, c'est-à-dire si les mêmes standards de fraude, faute intentionnelle ou négligence grave doivent être appliqués dans tous les cas.

Il convient de noter que les bénéficiaires ne sont pas nécessairement des créanciers. Le plus souvent, ils n'ont pas cette qualité. Des éclaircissements seraient par conséquent bienvenus quant à savoir si les dispositions de cet article s'appliquent également aux bénéficiaires.

Il convient également de noter que les créanciers ne sont pas toujours identifiables au départ et, par conséquent, une convention ne peut être conclue pour de tels cas, ce qui expose les biens personnels des trustees à un risque plus élevé en comparaison au droit étranger.

5. Comptabilité et audit

L'article 529(h)(3) exige que la comptabilité soit tenue conformément à l'article 957(2) du CO. Il est à noter que l'art. 957, al. 2 du CO ne fait pas référence aux trusts. Cela devrait être corrigé.

En outre, des clarifications doivent être apportées au projet concernant les questions suivantes :

- (i) L'art. 957(2)(3) relatif aux audits des fondations s'applique-t-il également aux trusts ?
- (ii) Le seuil de CHF 500 000.- de chiffre d'affaires mentionné à l'article 957(2)(1) s'applique-t-il aux trusts (étant entendu que les trusts n'ont généralement pas de « chiffre d'affaires ») ?
- (iii) L'article 529(h)(3) exige-t-il une comptabilité basée sur les liquidités ou autorise-t-il également la méthode dite d'engagement ou la comptabilité selon les normes IFRS ?

Enfin, nous recommandons de préciser si les autres dispositions et seuils du CO relatifs à la comptabilité et à l'audit sont applicables aux trusts, par exemple :

- article 963(a) (obligation de produire des comptes consolidés) ;
- article 963(b)(4) par analogie ; où les bénéficiaires pourraient demander des comptes consolidés ;
- article 727 relatif aux audits.

6. Remplacement du trustee et transfert du patrimoine du trust : responsabilité solidaire

Le projet prévoit diverses manières de transférer les actifs du trust. Selon l'art. 529(s)(4), le transfert des actifs et passifs peut se faire selon l'art. 181 CO. Des éclaircissements sont nécessaires en ce qui concerne cette référence à l'art. 181 CO et son applicabilité. Le trust suisse serait non concurrentiel par rapport aux trusts étrangers si cela signifie qu'un trustee sortant reste solidairement responsable avec le nouveau trustee pendant trois ans à compter de la date du changement de trustee.

À tout le moins, cela pourrait entraîner des coûts de fonctionnement supplémentaires pour le trust (le trustee sortant exigeant des informations pendant ces 3 années pour avoir une certaine supervision et les primes d'assurance étant susceptibles d'augmenter) et compliquerait potentiellement le changement de trustee, parce que le trustee sortant souhaiterait potentiellement retenir (c'est-à-dire ne pas transférer) certains actifs pendant cette période pour couvrir tout risque potentiel. De plus, les trustees sortants pourraient voir leur responsabilité engagée par des actions (ou abstentions) des trustees entrants pendant 3 ans en ce qui concerne des dettes pour lesquelles ils sont solidairement responsables. D'autres lois (étrangères) sur les trusts règlent le transfert de patrimoine d'un trust en prévoyant des indemnités du trustee entrant en faveur du trustee sortant.

Cette période de responsabilité solidaire de trois ans ne semble pas appropriée, car elle n'est pas conforme à la pratique actuelle dans le monde des trusts et augmente inutilement le risque pour les trustees utilisant le droit suisse des trusts. Les changements de trustees et le transfert de patrimoine du trust qui en découle sont fréquents et il serait inapproprié de tenir l'ancien trustee pour solidairement responsable pendant trois ans suivant le transfert ou pendant trois ans suivant la date à laquelle la dette devient exigible.

En outre, il peut arriver en pratique qu'il y ait plusieurs changements de trustees durant une période de trois ans, ce qui rendrait l'application de cette disposition extrêmement compliquée.

Nous recommandons donc que la règle prévue à l'art. 181 al. 2 CO soit exclue de l'art. 529(s)(4) ou qu'elle soit modifiée de façon substantielle et remplacée par les concepts applicables dans certains droits étrangers sur les trusts mentionnés ci-dessus.

7. Durée du trust (« perpetuity period »)

L'article 529(u)(1) fixe la durée maximale d'un trust suisse à 100 ans. L'existence d'un tel délai rend les trusts suisses moins attractifs sur le plan international.

De nombreuses lois étrangères sur les trusts autorisent des périodes indéfinies pour ces trusts, que le constituant peut bien sûr limiter s'il le souhaite en prévoyant une période spécifique dans l'acte du trust.

Nous recommandons que les dispositions actuelles du projet à ce sujet soient remplacées par des dispositions similaires à celles prévues à l'article 15 de la loi sur les trusts de Jersey, par exemple « À moins que ses termes n'en disposent autrement, un trust peut continuer à exister pour une durée illimitée ».

8. Trusts ayant un but spécifique (« purpose trusts »)

Les trusts à but spécifique sont exclus du projet de loi. De tels trusts sont couramment utilisés aujourd'hui, par exemple dans le contexte de sociétés de trust privées (« private trust companies ») pour les familles aisées, où la société de trust privée est détenue par un trust à but spécifique. L'exclusion du trust à but spécifique du projet de loi place la Suisse dans une position concurrentielle désavantageuse, étant donné que d'autres lois (étrangères) sur les trusts les autorisent, ce dans les domaines tant de la clientèle privée que des transactions commerciales.

Par exemple, si une société privée de trust suisse est créée (par exemple en tant que société anonyme), alors, en vertu du projet actuel, un trust à but spécifique en vertu d'un droit étranger des trusts devrait être utilisée afin que le trust atteigne son but. Il serait judicieux de prévoir des trusts à but spécifique dans le cadre de la loi suisse.

9. Application continue de la Convention de la Haye

Bien que cela ressorte implicitement du rapport explicatif, il est essentiel – dans l'intérêt supérieur de la branche des trustees en Suisse – qu'il soit précisé que les termes et la possibilité d'utiliser la *Convention du 1er juillet 1985 sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance* restent en vigueur, c'est-à-dire que les trustees suisses ne doivent pas exclusivement utiliser le projet de loi suisse sur les trusts, mais peuvent continuer à gérer des trusts conformément à la Convention de La Haye. La profession saluerait une déclaration expresse à cet effet.

10. Contentieux et actions juridiques

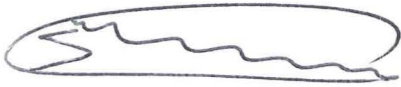
Les règles de procédure du projet prévoient une clause attributive de juridiction dans l'acte de trust, faute de quoi les tribunaux du lieu du défendeur ou du lieu du trustee seront compétents (art. 39a CPC). Il s'agit d'une proposition équitable qui devrait inciter les constituants et les trustees à inclure une clause de compétence exclusive dans l'acte de trust.

L'art. 529(w) prévoit la possibilité d'une clause d'arbitrage liant le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires. Le projet ne prévoit pas de réserve quant aux bénéficiaires à naître, ce qui est bienvenu dans un souci de clarté, de cohérence et d'exclusivité de la procédure d'arbitrage.

Dans une juridiction de droit civil comme la Suisse, le recours à l'arbitrage devrait être encouragé. Il préserve la confidentialité et pourrait améliorer la résolution des conflits en matière de trusts par des professionnels qualifiés possédant les qualifications et l'expérience requises dans ce domaine.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre très haute considération.

Swiss Association of Trust Companies

A stylized, handwritten signature in dark ink, appearing to read 'P. de Salis'.

Philippe de Salis
Membre du Comité, Président

A stylized, handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. McCallum'.

Andrew McCallum
Membre du Comité, Trésorier

SATC
Neugasse 12, 6300 Zug
Phone: +41 (0)41 727 05 25
www.satc.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Bundesrain 20
CHF-3003 Bern

Per Email versandt:
zz@bj.admin.ch

Bern, der 30. April 2022

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) / Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) concernant l'introduction du trust (modification du code des obligations) / Presa di posizione della Federazione Svizzera degli Avvocati sul tema Introduzione del trust (modifica del codice delle obbligazioni)

Sehr geehrter Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband bedankt sich für die Einladung zur Vernehmlassung und nimmt dazu wie folgt Stellung:

I. Einführung / Introduction / Introduzione

1. Grundsätzliches

Die Schweiz war bisher einzigartig unter den bedeutenden Trust-Verwaltungsländern, da sie noch kein eigenes Trust-Gesetz erlassen hat, sondern das am 1. Juli 2007 in Kraft getretene Haager Übereinkommen über Trust ratifizierte. Ein Trust wird daher in der Regel auf der Grundlage der Bestimmungen der Trustgesetze anderer Rechtsordnungen verwaltet. Bei der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens war man sich einig, dass ein schweizerisches Trust-Recht weder notwendig noch wünschenswert sei. Die Schweiz wollte ihre eigene Trust-Industrie ausbauen, indem sie sich selbst als eine Jurisdiktion vermarktete, die hohe Standards für Trust, unvergleichliches Fachwissen im Bereich der Vermögensverwaltung, einen angemessenen Schutz der Rechte von Einzelpersonen auf Vertraulichkeit innerhalb der Grenzen des internationalen Rechts und ein einzigartiges und wirksames Regulierungssystem bietet. Mit der Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens hat die Schweiz allerdings beschlossen, den Trust als ein Institut eigener Art anzuerkennen. Dies hatte zur Folge, dass ein Trust nicht mehr in eine inländische Form umgedeutet werden musste, sondern dass das Recht, nach dem der Trust

errichtet wird (das Truststatut), nach schweizerischem Recht gültig wird.

Bis vor kurzem schien dieser Weg ausreichend zu sein, obwohl 2009 zwei Motionen eingereicht wurden, die den Bundesrat aufforderten, zu prüfen, ob ein Schweizer Trust eingeführt werden sollte, um den Finanzmarkt durch den Schutz der Privatsphäre der Kunden der Schweizer Banken zu stärken, und die Beschränkungen für die Verwendung von Familienstiftungen zu ändern, um ein gleichwertiges Instrument für ausländische Familienstiftungen und Trusts zu haben. Der Bundesrat lehnte diese Anträge in beiden Fällen ab. Am 15. März 2015 forderte Giovanni Merlini den Bundesrat erneut auf, die Möglichkeit der Einführung eines Schweizer Trusts im Rahmen der Finanzmarktpolitik zu prüfen. Er argumentierte, dass Trusts häufig für die Nachlassplanung und den Erhalt grosser Familienvermögen eingesetzt werden. Die Einführung eines schweizerischen Trust-Gesetzes würde daher den Schweizer Finanzmarkt stärken, da Trusts ein wichtiges Instrument im Wettbewerb mit anderen Finanzmärkten wie London, Luxemburg, Singapur, etc. sind. Obwohl der Bundesrat die Notwendigkeit eines Swiss Trusts mit Verweis auf den international immer stärker werdenden Trend zur Transparenz erneut verneinte, nahm der Nationalrat die Motion am 27. Februar 2017 an. Gleichzeitig reichte Fabio Regazzi am 13. Dezember 2016 im Nationalrat eine parlamentarische Initiative ein, die sich ebenfalls für die Einführung eines schweizerischen Trustrechts einsetzt. Als einen der Hauptgründe führte er an, dass Schweizerinnen und Schweizer, die Vermögen in einen Trust einbringen wollen, derzeit einen Trust nach ausländischem Recht abwickeln müssen, das teilweise nicht leicht zugänglich oder verständlich ist. Eine Einführung des schweizerischen Trustrechts hätte seiner Meinung nach verschiedene Vorteile: (i) den Bürgerinnen und Bürgern würde ein Instrument zur Verfügung stehen, das der inländischen Rechtsordnung unterliegt und leichter zugänglich und verständlich ist, (ii) eine angemessene zivilrechtliche Regelung für die verschiedenen Arten von Trusts, die unsere Rechtsordnung zulässt, würde für Klarheit sorgen und zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit führen, und (iii) es würden neue Tätigkeitsbereiche für Schweizer Fachleute geschaffen, die über Trusts beraten, Trusts errichten und Trusts und deren Vermögen verwalten. Der Nationalrat hat diese Initiative am 20. Oktober 2017 gutgeheissen.

Interessant ist, dass alle Motionen und Initiativen, die die Einführung eines schweizerischen Trustgesetzes fordern, den Common Law Trust als Vorbild nehmen. Bereits Prof. Dr. Jakob hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es "den Trust" nicht gibt, da es verschiedene Arten von Trusts gibt und sich viele Jurisdiktionen, wie Delaware, die Cayman Islands oder Liechtenstein, weit von einem «Grundmodell» entfernt haben. Underhill und Hayton widmen das gesamte Kapitel 26 den Trusts in Zivilrechtsstaaten, "um Trust-Anwälten aus einem Common Law System zu erklären, wie der Trust (wenn überhaupt) in einem Zivilrechtsstaat verstanden werden kann". Die aktuelle Diskussion um die Einführung des schweizerischen Trustrechts zeigt, dass es für ein Civil Law System ebenso wichtig ist, das Konzept des Common Law Trusts zu verstehen.

2. Schottisches Trustrecht als Vorbild

Bereits im Vorfeld wurde die Einführung eines Schweizer Trust insbesondere von der Anwaltschaft kritisiert mit Hinweis darauf, dass es keinen Schweizer Trust braucht, sondern besser die Einschränkungen von Art. 335 ZGB zu den Familienstiftungen gelockert werden sollte. Die Einführung eines angelsächsischen Trusts sei in der Schweiz ein schwieriges Unterfangen, weil das Schweizer Recht keine Aufspaltung des Eigentums in einen equitable und einen legal interest kennt. Es ist denn auch nicht erstaunlich, dass die Expertengruppe dem Schweizer Entwurf das schottische Trustrecht zugrunde legt, welches den equitable interest ebenfalls nicht eingeführt hat. Das schottische Recht bietet ein gemischtes System, das ein gesetzliches Eigentumsrecht hat,

den Trust aber schon lange kennt. Einige Bereiche leiten sich vom englischen Recht ab, andere sind zivilrechtlicher Natur, wieder andere sind «hausgemacht».

Dennoch erstaunt, dass das schottische Recht dem Schweizer Trust als Grundlage dienen soll, nachdem in Schottland selbst eine Überarbeitung des Trustrechts gefordert wird. (bspw. Yvonne Evans, <https://www.lawscot.org.uk/news-and-events/blogs-opinions/our-2021-priorities-trust-me-it-s-a-500-billion-industry/>). Der Trust (Scotland) Act 1921 vom 19. August 1921 wird als stilistisch und inhaltlich stark veraltet angesehen. Der Gesetzgeber legte ursprünglich die Definition eines Trusts; die Voraussetzungen für seine Gründung; die Befugnisse und Pflichten der Trustee und einige Einschränkungen für Trusts fest. Die seitherigen häufigen Änderungen und Anpassungen machten das Gesetz zudem verwirrend und nur schwer zugänglich. Selbst dort wo das Gesetz vorteilhafter sei als in England und Wales, wie beispielsweise bei der Verfügbarkeit von Private Purpose Trusts, bleibe es weniger klar und sicherlich weniger entwickelt als in anderen Rechtsordnungen. Das Gesetz von 1921 müsse in Verbindung mit dem Trusts (Scotland) Act 1961, dem Law Reform (MP) (Scotland) Act 1990 und dem Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005, sowie den einschlägigen Steuergesetzen gelesen werden, was das Gesetz für Laien-Trustees und Begünstigte ziemlich unzugänglich mache. Nach Auffassung der schottischen Lehre wäre es hilfreich, über klarere und praktischere gesetzliche Vorschriften zu verfügen, z. B. in Bezug auf die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees sowie eine gesetzliche Befugnis, den Begünstigten Kapital zu geben.

Lord Drummond Young stellte in seinem Bericht fest, dass er während der Vorbereitung des Berichts leider auf eindeutige Beweise dafür gestossen sei, dass Schottland bei Trusts ziemlich schlecht abschneide, weil das Gesetz als veraltet empfunden werde und man der Meinung war, dass die Regierung kein Interesse an einer allgemeinen Aktualisierung des Gesetzes habe. Es habe beträchtliche anekdotische Hinweise darauf gegeben, dass Schotten, die Trusts zur Verwaltung ihres Vermögens einrichten wollten, häufig das Recht anderer Rechtsordnungen, insbesondere von England und Wales, wählten, und zwar aus dem einfachen Grund, dass es als besser mit den modernen Bedingungen übereinstimmend empfunden wurde. Seit dem Recognition of Trusts Act von 1987 können Schotten nämlich einen Trust nach dem Recht eines anderen Staates gründen und ihn von Schottland anerkennen lassen. Nicht nur, dass das schottische Recht im Gegensatz zum Recht von England und Wales oder Jersey offensichtlich keine im Ausland ansässigen Trustees anzieht, es gibt auch kaum Hindernisse, die Menschen in Schottland davon abzuhalten, sich für ausländische Systeme zu entscheiden, wenn sie das schottische Recht als unzureichend empfinden (<https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-64-issue-12/trusts-needing-a-new-engine/>).

3. Liechtensteinische Treuhandschaft

Der Trust wurde auch in anderen zivilen und gemischten Systemen eingeführt und sogar in Kraft gesetzt. Liechtenstein war das erste (und ist nach wie vor eines der wenigen) kontinentaleuropäischen Länder, das über ein eigenes Treuhandrecht verfügte. Die Verankerung des Trusts als "juristisches Transplantat" wurde vorgenommen, um ausländisches Kapital, typischerweise von Investoren mit anglo-amerikanischem kulturellem und rechtlichem Hintergrund, anzuziehen. Im Gegensatz zu der aktuellen Anfrage in der Schweiz, die sich an Schweizer Staatsbürger richtet, war es immer die Absicht, neben der Liechtensteinischen Stiftung ein Instrument anzubieten, das Kunden aus angloamerikanischen Rechtskreisen besser bekannt ist.

Die 1926 erlassene liechtensteinische Treuhänderschaft wurde in den meisten Grundzügen dem common law trust nachgebildet, weist aber wesentliche Unterschiede auf. Liechtenstein musste auch die Trennung von Eigentum nach Recht und Billigkeit (equity law) überwinden. Gemäss Art. 897 PGR verwaltet der Trustee das Treugut im eigenen Namen als selbständiges Rechtssubjekt. Seine Verfügungen sind gegenüber jedermann wirksam. Gemäss Art. 910 PGR ist der Treuhänder eine eigenberechtigte Person. Die besondere Rechtsstellung des liechtensteinischen Treuhänders ist jedoch in der neueren Literatur teilweise umstritten. Teils wird er als Eigentümer des Treuhandvermögens angesehen, teils wird die Position vertreten, dass der Treuhänder ein selbständiger Rechtsträger mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Treuhandvermögen sei. Noch andere sprechen von einem resolutiv-bedingten Eigentumsrecht eines Treuhänders.

Die liechtensteinische Treuhanderschaft ist zeitgleich mit dem Privatstiftungsrecht in Kraft getreten. Während sich die Privatstiftungen grosser Beliebtheit erfreuten, blieb die Zahl der Treuhänderschaften vergleichsweise klein. Per 1. Januar 2000 gab es in Liechtenstein noch ca. 1'900 Treuhänderschaften, wobei die Zahl in den letzten Jahren rückläufig war.

4. Erläuternder Bericht – Steuerliche Regelung

Die vom Bundesrat vorgeschlagene steuergesetzliche Regelung soll die in der der geltenden Praxis übliche Zurechnung der Trusteinkommen an den Settlor beibehalten, soweit es sich um einen Revocable Trust handelt, d.h. wenn sich der Settlor der Vermögenswerte noch nicht definitiv entäussert hat. Diese Zurechnung sowie die steuerliche Zurechnung an die Begünstigten mit Rechtsansprüchen bei Irrevocable Fixed Interest Trusts sind unproblematisch. Diese Regelungen stehen im Einklang mit der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die Kodifizierung der bisherigen Praxis bezüglich Revocable Trust im Sinne der Kreisscheiben bzw. Irrevocable Fixed Interest Trust kodifiziert ist nicht zwingend, denn eine gesetzliche Grundlage bringt keinerlei Vorteile oder mehr Rechtssicherheit. In der Praxis werden solche Trusts in den Kantonen regelmässig als steuerliche transparent behandelt und die Vermögen dem Settlor oder den Begünstigten zugerechnet.

Die Knacknuss liegt beim Irrevocable Discretionary Trust. Im Sinne der geltenden Kreisschreiben handelt es sich nur dann um einen Irrevocable Discretionary Trust, wenn der Settlor sich keinerlei Einflussrechte auf den Trustee oder das Trustvermögen vorbehalten hat und auch nicht selbst Begünstigter ist. In der Praxis fallen sehr viele Trust genau nicht in diese Kategorie, da ein Settlor diese Voraussetzungen sehr häufig nicht erfüllt. Die weitere Zurechnung vom Trustvermögen und den Erträgen beim Settlor funktioniert in der Praxis sehr gut. Den Steuerbehörden ist es allerdings ein Dorn im Auge, dass ein Settlor einen Irrevocable Discretionary Trust errichten und das Trustvermögen und die Erträge bis zu einer Ausschüttung nicht mehr besteuert werden könnten. Die Vermögenswerte «verschwinden» in der Trustwolke.

Die Arbeitsgruppe Steuern schien sich bezüglich der steuerlichen Behandlung des Irrevocable Discretionary Trust nicht einigen zu können und prüfte deshalb 7 verschiedene Optionen für eine Besteuerung. Aus Sicht des Bundesrates ist die Verfassungskonformität das prioritäre Kriterium für die Beurteilung dieser Optionen. Die gesetzliche Neuregelung soll der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Lehre Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund steht für den Bundesrat die Optionen 1 trotz gewissen Vorbehalten im Vordergrund. Die Option 1 sieht vor, dass der Trust wie eine Stiftung als selbständiges Steuersubjekt behandelt wird und das Trusteinkommen und -vermögen folglich dem Trust zugerechnet wird. Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht würde sich

entsprechend nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten erstrecken. Diese Aussage ist bei einem Irrevocable Discretionary Trust an sich schon bemerkenswert, da bei dieser Trustform keinem Begünstigten Anteile zukommen. Es kann mithin keine Zurechnung von Vermögenswerten vorgenommen werden. Eine anteilige Zurechnung von Vermögen und Erträgen bei einem Begünstigten mit Wohnsitz in der Schweiz widerspricht der Form des Irrevocable Discretionary Trust und wäre ebenfalls nicht verfassungskonform da eine solche Besteuerung dem vom Bundesrat zitierten Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht.

Weiter wird in Option 1 festgehalten, dass falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig ist, die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen kann. In solchen Fällen sollen die Einkommen und das Vermögen von Trust weiterhin dem Settlor zugerechnet werden (subsidiäre Regel). Da nur gerade das DBA mit den USA den Trust explizit erwähnt, müsste also durch Auslegung zuerst ermittelt werden, ob der Trust eine «Person» ist, mithin unter Personenverbindungen oder Rechtsträger ohne juristische Persönlichkeit fällt. Weiter stellt sich sodann die Frage, wo ein Trust ansässig ist – am Wohnsitz/Sitz des Trustees oder dort, wo der Trust tatsächlich verwaltet wird? Bestehen Beziehung zu diversen Jurisdiktionen können die verschiedenen DBA zu unterschiedlichen Anknüpfungen führen. Da die meisten Europäischen Länder keinen Trust kennen, dürfte es schwierig sein, den Trust in die entsprechenden DBA zu interpretieren. Die subsidiäre Regel käme diesfalls wohl nicht zur Anwendung (vgl. detailliertere Ausführungen zum internationalen Steuerrecht). Wird der Trust in der Schweiz wie eine Familienstiftung besteuert, wird der Schweizer Irrevocable Discretionary Trust entgegen der ursprünglichen Idee wohl kaum von Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, sondern nur von Personen ohne Bezug zur Schweiz errichtet werden.

Obschon das KS Nr. 20 in der Praxis sehr gut funktioniert, sieht der Bundesrat aus verschiedenen Gründen Handlungsbedarf für eine steuergesetzliche Regelung:

- In der Lehre sei die Praxis der Kreisschreiben insbesondere mit Bezug Irrevocable Discretionary Trust teil-weise als verfassungswidrig kritisiert worden. Es gibt noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu. Mit der Einführung des Trusts in das Schweizer Zivilrecht erhöhe sich der Bedarf, Trustverhältnisse auch im Steuerrecht auf Gesetzesstufe zu regeln.

Inwiefern Option 1 weniger verfassungswidrig sein soll als das Kreisschreiben Nr. 20 ist nicht ersichtlich. Insbesondere beim Irrevocable Discretionary Trust wird immer noch unterschieden, ob ein Schweizer Settlor/Begünstigter beteiligt ist oder nicht. Die subsidiäre Regelung in Art. 10a Abs. 4 DBG sieht zusätzlich eine Ausnahmeregelung vor. Die Option 1 kann also nicht aus verfassungsmässigen Überlegungen gewählt worden sein. In der Praxis ist schon lange bekannt, dass es insbesondere der ESTV ein Dorn im Auge ist, dass in gewissen Konstellationen das Trustvermögen und die Erträge daraus bis zur Ausschüttung nicht besteuert werden können. Obschon es sich in der Praxis eher um Ausnahmefälle handelt, da die meisten Trust steuerlich transparent behandelt werden, scheint sich die ESTV mit der Option 1 durchgesetzt zu haben. Die verfassungsmässige Begründung verfängt nicht. Die Option 1 wird dazu führen, dass der Irrevocable Discretionary Schweizer Trust nicht aufgesetzt werden wird. Bei einer starren Anwendung der Option 1 auch auf ausländische Trust mit Schweizer Trustee könnte dies nachteilige Folgen für die Trustindustrie in der Schweiz haben.

- Das bestehende Kreisschreiben der Schweizerischen Steuerkonferenz enthalte in Bezug auf den Irrevocable Discretionary Trust keine abschliessende Regelung. Dies könne dazu führen, dass in der Praxis vergleichbare Sachverhalte in den Kantonen unterschiedlich beurteilt würden, auch in Bezug auf die direkte Bundessteuer und nach der heutigen Praxis könnten sich Steuerlücken ergeben.

Trust werden für jede Konstellation massgeschneidert aufgesetzt. Es gibt eben genau keine Kodifizierung, welche Rechte und Pflichten ein Trustee oder ein Protektor hat. Es ist deshalb richtig, dass das KS Nr. 20 nur Richtlinien aufstellt und die Kantone innerhalb dieser Richtlinien jeden Einzelfall betrachten. In der Praxis werden die Trusts in den einzelnen Kantonen mehrheitlich einheitlich, nämlich steuerlich transparent behandelt. Mit Steuerlücken sind wohl die im Kreisschreiben bildlich dargestellten Trustwolken gemeint. Diese gibt es bei Schweizer Settlors aber kaum, da aufgrund der hohen Schenkungssteuern mehrheitlich kein Irrevocable Discretionary Trust aufgesetzt wird. Zudem behält sich ein Settlor in der Regel den einen oder anderen «Einfluss» vor, welcher ohnehin zu einer transparenten Besteuerung führt.

- Für in der Schweiz ansässige Personen sei die Errichtung eines Irrevocable Discretionary Trust unattraktiv, da ihr die eingebrachten Vermögenswerte steuerlich weiterhin zugerechnet werden.

Das angeführte Argument, für in der Schweiz ansässige Personen sei heute die Errichtung eines Irrevocable Discretionary Trust unattraktiv, da ihr die eingebrachten Vermögenswerte steuerlich weiterhin zugerechnet werden, ist schlicht falsch. Da eine Schenkungsteuer von bis zu 40% anfallen könnte, ist eine transparente steuerliche Behandlung sogar sehr attraktiv und gewollt. Die Trusterrichtung hat in der Regel denn auch nicht primär steuerliche Hintergründe, wovon die Arbeitsgruppe Steuern auszugehen scheint.

5. Fazit

Liechtenstein führte die Treuhänderschaft bereits 1926 ein, um Ausländer aus Common-Law-Rechtsordnungen anzuziehen. Dieser Versuch hat sich nicht bewährt, wie die Gesamtzahl der Treuhänderschaften deutlich zeigt. Im Gegensatz zu Liechtenstein wird die Errichtung einer Schweizer Treuhänderschaft für Schweizer Staatsangehörige beantragt. Obwohl ein Schweizer Staatsangehöriger bereits die Möglichkeit hat, eine ausländische Familienstiftung oder einen ausländischen Trust zu errichten, werden diese Instrumente kaum genutzt. Die Argumente, die für die Einführung eines schweizerischen Trustrechts angeführt werden, scheinen nicht schlüssig.

Insgesamt ist fragwürdig, ob eine Kodifizierung in den Steuergesetzen erstrebenswert ist, oder ob es nicht besser wäre, auf eine starre Kodifizierung zu verzichten und die Kreisschreiben beizubehalten. Im Gegensatz zu Familienstiftungen, welche aufgrund der Einschränkungen von Art. 335 ZGB relativ einheitlich sind, sollen Schweizer Trust in Anlehnung an ihre angelsächsischen Vorbilder sehr individuell ausgestaltet werden können. Eine starre gesetzliche Regelung wird diesen individuellen Ausgestaltungen nicht gerecht, weshalb die Beibehaltung der bisherigen Grundsätze in einem Kreisschreiben in der Praxis vermutlich zu gerechteren Lösungen führen wird. Die Kreisschreiben erlauben es dem Settlor zusammen mit den kantonalen Steuerämtern im Sinne der Kreisschreiben auf den massgeschneiderten Trust auch individuelle Lösungen zur steuerlichen Behandlung zu finden.

Die Kodifizierung kann dazu führen, dass diese starren Regelungen Schweizer Trustees dazu

bewegt, ihre Tätigkeit nicht mehr aus der Schweiz heraus zu führen. Der Markt wird nicht gestärkt, sondern ganz im Gegenteil erheblich geschwächt.

Ungeachtet der eingeschränkten Nutzung besteht Einigkeit darüber, dass ein schweizerisches Instrument zur Nachlassplanung und zum Vermögensschutz in das schweizerische Recht implementiert werden sollte. Trotz der Tatsache, dass auf Regierungsebene derzeit die Einführung eines schweizerischen Trustrechts geprüft wird, sollte aus Sicht einer Vielzahl Anwälten die Familienstiftung überarbeitet werden. Die Vor- und Nachteile müssen analysiert und gegeneinander abgewogen werden, um das für die Schweiz am besten geeignete Instrument zu finden. Gleichzeitig sollte der rechtliche Rahmen im Zusammenhang mit einem schweizerischen Instrument überprüft werden, d.h. die Auslegung der Vorschriften über die Zwangsvererbung, wenn der Erbe auch ein Begünstigter ist, die steuerlichen Folgen, die Übertragung von Grundstücken usw.

II. Der Schweizer Trust im internationalen Verhältnis/ le trust suisse en comparaison internationale / il trust svizzero nel confronto internazionale

1. Grundsätzliches

Trusts werden sehr häufig von Familien eingesetzt, die über viel Vermögen verfügen einerseits und deren Angehörige ihren Wohnsitz in diversen Jurisdiktionen haben andererseits. In angelsächsischen Ländern dienen Trusts häufig der Nachfolgeplanung um bspw. langwierige Probate Verfahren zu umgehen oder Erbschaftssteuern zu optimieren.

Eine reine Schweizer Familie mit Wohnsitz in der Schweiz, wird wohl eher selten einen Trust errichten wollen. Einerseits steht das Erbrecht mit seinen Pflichtteilen einer Struktur entgegen und andererseits löst die Übertragung von Vermögen in einen Irrevocable Discretionary Trust in den meisten Kantonen hohe Erbschafts- und Schenkungssteuern aus, entweder bereits bei der Einbringung des Vermögens oder beim Versterben des Settlors, wenn das Vermögen keinem Begünstigten mehr zugerechnet werden kann.

Eine Schweizer Familie kann bereits heute einen Trust nach ausländischem Recht errichten und einen Trustee mit Sitz in der Schweiz einsetzen. In der Praxis hat sich aber gezeigt, dass kaum eine Schweizer Familie einen Trust errichtet. Das wird sich auch mit dem Schweizer Trust nicht ändern.

Aus steuerlicher Sicht wäre das Einbringen von Vermögenswerten in einen Schweizer Irrevocable Discretionary Trust im Sinne der Option 1 sehr teuer, da in den meisten Kantonen die Erbschafts- und Schenkungssteuer zum Maximalsatz abgerechnet wird. Wenn ein Settlor diese steuerliche Hürde schon auf sich nimmt, wäre es für einen Schweizer Settlor angenehmer, er könnte eine Familienstiftung errichten. Die Stiftung ist im Gesetz klar geregelt und es braucht keine Ausnahmen, um der Stiftung auch im internationalen Verhältnis gerecht zu werden. Wie bereits das Bundesgericht festgestellt hat, stammt Art. 335 ZGB aus einer anderen Zeit und sollte gelockert werden. Die eingeschränkte Mittelverwendung ist nicht mehr zeitgemäss und soll, notabene, dank der Einführung eines Schweizer Trusts umgangen werden können. Auch vor diesem Hintergrund ist die Einführung eines Schweizer Trust fragwürdig, wenn mit wenigen Anpassungen eine Struktur zur Verfügung stehen würde, welche es seit Jahrzehnten gibt, in das Schweizer Rechtssystem passt und auch aus steuerrechtlicher Sicht zu keinen Verrenkungen führt.

Auch die Expertengruppe scheint sich mit der Besteuerung des Irrevocable Discretionary Trust schwer getan zu haben, denn sie hat 7 Besteuerungsoptionen vorbereitet. Die Wahl des

Bundesrates für Option 1 überzeugt nicht, vor allem das Argument, das Kreisschreiben sei als verfassungs-widrig kritisiert worden, weshalb die Option 1 die beste Variante sei, überzeugt nicht. Der Irrevocable Discretionary Trust wird steuerlich nicht einheitlich behandelt, sondern je nachdem, ob Schweizer daran beteiligt sind oder nicht. Genau diese Unterscheidung ist beim Irrevocable Discretionary Trust heute schon der Fall und wurde als verfassungswidrig kritisiert. Es findet somit keine wirkliche Änderung statt, ausser, dass bei einem rein schweizerischen Verhältnis, der Trust wie eine Stiftung besteuert werden kann. Insbesondere aus steuerlichen Gründen wird man in der Praxis bestrebt ein, keinen reinen Irrevocable Discretionary Trust zu erreichen, um die hohen Steuerfolgen zu vermeiden.

2. Option 1 gemäss erläuterndem Bericht

Trusteinkommen und -vermögen werden dem Trust zugerechnet, welcher wie eine Stiftung als selbstständiges Steuersubjekt behandelt wird. Voraussetzung für die Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht erstreckt sich nicht auf die Anteile von im Ausland ansässigen Begünstigten (Art. 10a Abs. 3 DBG).

Falls der Trust nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) im Ausland ansässig ist, soll die Schweiz die Besteuerung des Trusts nicht durchsetzen können (Art. 10a Abs. 4 DBG). Gilt der Trust unter einem DBA als im Ausland ansässige Person soll die Schweiz das Einkommen und Vermögen des Trusts also nach der «subsidiären Regel» dem in der Schweiz ansässigen Settlor zurechnen und bei ihm besteuern können. Diese subsidiäre Regel soll einen DBA-Konflikt vermeiden, sei aber in ihrer Anwendung kompliziert, da sie in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht schwierige Feststellungen bedinge (vgl. erläuternder Bericht). So sei nämlich insbesondere abzuklären, ob der Trust nach dem nationalen Recht des Partnerstaates wie eine Körperschaft besteuert wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. B 83 OECD-Musterabkommen). Zudem könnten Partnerstaaten die «subsidiäre Regelung» als einseitige Massnahme erachten, die das Gleichgewicht des Abkommens stört. Schliesslich kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein DBA-Partnerstaat, in der «subsidiären Regel» der Option 1 einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Bereich der Staatsverträge (Art. 26 und 31 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge) erblickt. Sollte dies der Fall sein, wäre die Frage mit dem betreffenden Partnerstaat bilateral zu erörtern.

Wieso aufgrund der subsidiären Regel kein DBA-Konflikt entstehen soll, ist nicht ersichtlich. Gilt der Trust nämlich im anderen Vertragsstaat als ansässig, ist es durchaus möglich, dass der Trust in diesem Staat steuerpflichtig wird. Diesfalls würde die Zurechnungen des Trustvermögens beim Settlor mit Wohnsitz in der Schweiz dazu führen, dass zwei verschiedene Steuersubjekte bestehen, die insbesondere für dasselbe Trusteinkommen besteuert werden. Dieser Konflikt könnte gerade nicht über das DBA gelöst werden.

Vorab ist festzustellen, wo der Trust ansässig ist. Gerade darin liegt aber eine erste Hürde, denn es ist nirgends definiert, wo ein Trust ansässig ist. Ein Anknüpfungspunkt könnte das anwendbare Recht sein, aber auch der Wohnsitz/Sitz des Trustees könnte als ausschlaggebend erachtet werden.

3. Der Trust im OECD Musterabkommen

Aufgrund des Wortlautes von Art. 1 OECD-MA gilt das Musterabkommen für Personen, welche in einem oder beiden Vertragsstaaten ansässig sind. Die beiden Begriffe «Personen» und «ansässig» werden in Art. 3 Abs. 1 lit. a und b und Art. 4 Abs. 1 OECD-MA definiert.

Eine abkommensberechtigte Person muss nicht die Staatsangehörigkeit eines der Vertragsstaaten besitzen, sie muss aber in einem der Staaten eine «Ansässigkeit» begründen, an welche das anwendbare innerstaatliche Recht eine unbeschränkt Steuerpflichtig knüpft.

3.1 Person

Der Begriff «Personen» ist sehr weit gefasst und umfasst neben den natürlichen Personen auch Gesellschaften und andere Personenvereinigungen. Der Begriff «Gesellschaft» erfasst dabei nicht nur juristische Personen, sondern auch «Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden». Unter «andere Personenvereinigungen» fallen Gebilde, die selbst weder rechtsfähig noch steuerrechtsfähig sind. Dies gilt beispielsweise für Personengesellschaften nach Schweizer Recht. Personengesellschaften fallen nach dem Recht des jeweiligen Vertragsstaates entweder unter den Begriff «andere Personenvereinigungen» im Sinne von lit. a oder unter «Rechtsträger, die wie juristische Personen besteuert werden», gemäss lit. b. Unabhängig davon sind sie stets nur dann selbst abkommensberechtigt, wenn sie als in einem der Vertragsstaaten ansässig gelten.

Es stellt sich die Frage, ob der Trust entweder unter den Begriff «Gesellschaften» oder «Personenvereinigungen» fällt. Ein Trust kann nicht eine «Gesellschaft» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 OECD-MA sein, weil er keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Da an einem Trust stets verschiedene Personen beteiligt sind – Settlor, Beneficiaries und Trustee(s) (ob natürliche Personen oder Gesellschaften) – fällt er unter Umständen unter den Begriff „Personenvereinigung“ und wäre damit selbständig abkommensberechtigt. Gemäss OECD Kommentar umfasst der Ausdruck «Person» auch Personenverbindungen, selbst wenn diese keine eigene Rechtspersönlichkeit haben (OECD-Kommentar, Art. 3 Abs. 1 N 2).

3.2 Ansässigkeit

Der Trust ist, mit wenigen Ausnahmen wie beispielsweise Liechtenstein oder San Marino, hauptsächlich im angelsächsischen Raum bekannt und verbreitet. Die civil law Länder kennen den Trust in der Regel nicht. Aufgrund einer fehlenden Spezialbestimmung können Trusts deshalb nur selbständig abkommensberechtigt sein, wenn sie als in einem Vertragsstaat ansässige Person gelten. Auch der OECD-Kommentar enthält zur Abkommensberechtigung von Trust keine direkten Ausführungen. In verschiedenen OECD-Berichten finden sich jedoch Hinweise zu Trusts, weshalb die OECD schliesst, dass der Trust eine Person im Sinne des Abkommens sein kann.

Für die Abkommensberechtigung ist auf die Ansässigkeit des Trusts abzustellen. Im Sinne von Art. 4 Abs. 1 OECD-MA bestimmt sich die Ansässigkeit ausschliesslich danach, ob eine Person nach internem Recht in diesem Staat steuerpflichtig ist. Es spielt keine Rolle, ob die Person tatsächlich Steuern bezahlt. Auch wenn ein Trust einen Abzug für weiter geleitete Einkünfte nach internem Recht vornehmen kann und die Einkommenssteuer damit reduziert wird, gilt er im Sinne von Art. 4 Abs. 1 OECD-MA immer noch als in diesem Vertragsstaat steuerpflichtig. Art. 4 OECD-MA zielt nämlich lediglich darauf ab, das Besteuerungsrecht einem der Vertragsstaaten zuzuordnen und nicht sicherzustellen, dass eine Einkunft auch tatsächlich besteuert wird. Ob der Trust in Bezug auf gewisse Einkünfte Steuersubjekt ist, bestimmt sich sodann nicht nach Art. 4 OECD-MA, sondern nach Art. 10, 11 und 12 OECD-MA.

Nicht alle common law Staaten besteuern den Trust selbst. Australien, Neuseeland und Singapur besteuern Einkünfte beim oder bei den Trustees oder bei den Begünstigten. Trustees sind entweder natürliche Personen oder Gesellschaften, welche zweifelsohne in einem Vertragsstaat steuerpflichtig sind und damit im Sinne der entsprechenden Abkommen als in diesem Vertragsstaat ansässig betrachtet werden können. Trustees erfüllen die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 OECD-

MA auch dann, wenn sie gewisse Einkünfte aus ausländischen Quellen nicht versteuern müssen. Das DBA mit den USA enthält in Bezug auf Trust eine Sonderbestimmung in Art. 4 Abs. 1 lit. d. Danach bedeutet eine in einem Vertragsstaat ansässige Person auch ein Trust, soweit die Einkünfte des Trusts in diesem Staat wie Einkünfte von dort ansässigen Personen besteuert werden, und zwar entweder beim Trust selbst oder bei den Begünstigten. Neben der Voraussetzung der tatsächlichen Besteuerung von Einkommen aus Schweizer Quellen in den USA muss der Steuerpflichtige auch als in den USA ansässig (resident) besteuert werden. Dies gilt insbesondere für US-Staatsangehörige sowie nicht US-Staatsangehörige mit Wohnsitz in den USA (bspw. Greencard Holder).

4. Trust in den DBA Schweiz

Obschon sich die Anwendbarkeit der DBA direkt aus Art. 3 Abs. 1 OECE-MA ergibt, wird der Begriff «Trust» nicht weiter definiert. Im Sinne von Art. 3 Abs. 2 OECE-MA erhält ein im DBA nicht definierter Begriff die Bedeutung, welche ihm nach dem Recht des Quellenstaates zukommt.

Im aktuellen schweizerischen Steuerrecht gibt es keine gesetzliche Grundlage, welche es erlauben würde, den Trust für Steuerzwecke mit einer ausländischen juristischen Person oder einer ausländischen Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit im Sinne von Art. 11 DBG und Art. 20 Abs. 2 StHG gleichzusetzen (KS-EStV Nr. 20 vom 27. März 2008, Ziff. 4.1). Dies führt grundsätzlich dazu, dass ein Trust keine «Person» im Sinne eines DBA ist, sofern der Trust in einem DBA nicht ausdrücklich geregelt ist.

Während die DBA mit Kanada und den USA Trusts in Art. 3 Abs. 1 ausdrücklich als Personen erwähnen und damit die entsprechenden Abkommen konsequenterweise auf Trusts anwenden, hat die Schweiz mit einigen common law Jurisdiktionen DBA abgeschlossen, welche den Trust nicht ausdrücklich im persönlichen Anwendungsbereich berücksichtigen. In den DBA mit Australien, Neu-seeland und Singapur umfasst der Begriff «Person» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c beziehungsweise d OECD-MA neben den natürlichen Personen und den Gesellschaften auch alle anderen Personenvereinigungen («body of persons»). Im DBA Grossbritannien und Nordirland umfasst der Ausdruck Person auch Personenverbindungen ohne juristische Persönlichkeit sowie jeder jeden anderen Rechtsträger mit oder ohne juristische Persönlichkeit («any other entity with or without juridical personality») (Art. 3 Abs. 1 lit. e OECD-MA). Nach dem DBA mit Südafrika umfasst der Begriff «Person» neben den natürlichen Personen und Gesellschaften auch andere Personenvereinigungen, die für die Besteuerung wie Rechtsträger behandelt werden. In Bezug auf Neuseeland wird im Protokoll zu Art. 10, 11 und 12 festgehalten, dass bei Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren, für die ein Sachwalter (Trustee) der neuseeländischen Steuer unterliegt, dieser Sachwalter als Nutzungsberechtigter gilt. Die beiden Staaten adressieren damit die Situation, in welcher ein Trustee in Neuseeland Einkünfte aus Schweizer Quellen erhält. Daraus ist zu schliessen, dass die beiden Vertragsstaaten das Abkommen auch auf Trust anwenden wollen. Der Trust fällt somit unter den Begriff «Person» gemäss DBA Neuseeland.

Mit den anderen Vertragsstaaten ist der Trust nicht geregelt, da beide Staaten den Trust bisher nicht kannten. Mit der Einführung eines Schweizer Trusts ändert sich diese Ausgangslage. Für DBA Zwecke könnte der Irrevocable Discretionary Trust als eine in der Schweiz ansässige Person gelten, die aufgrund ihrer Ansässigkeit wie eine Stiftung besteuert wird. Ob der andere Vertragsstaat den Schweizer Irrevocable Discretionary Trust ebenfalls als nach dem DBA ansässig anerkennt, ist nicht sicher.

Art. 10a Abs. 4 DBG sieht eine Ausnahme von der Besteuerung des Irrevocable Discretionary Trust als Stiftung vor, sollt der andere Vertragsstaat den Trust als in seinem Territorium ansässig ansehen. Für eine Ansässigkeit am anderen Vertragsstaat müsste mindestens der Trustee Sitz/Wohnsitz im anderen Vertragsstaat haben, da das anwendbare Recht ja das Schweizer Recht ist. Die nicht angel-sächsischen Staaten, würden wohl nie von einer Ansässigkeit ausgehen (vgl. oben). Bei den übrigen Staaten ist die Annahme einer Ansässigkeit nach DBA noch unwahrscheinlicher, weil diese Länder den Trust in der Regel nicht kennen und diesen wohl kaum je besteuern wollen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, auf welche Konstellationen Art. 10a Abs. 4 DBG bei einem Schweizer Trust abzielt. Es ist davon auszugehen, dass dieser Abs. 4 in Art. 10a DBG Eingang gefunden hat, um die Situation von Irrevocable Discretionary Trust nach ausländischem Recht oder mit einem ausländischem Trustee zu regeln, welche Dividenden aus Schweizer Quelle erhalten. Diese Konstellation hat aber nichts mit der Einführung des Schweizer Trust zu tun und ist eine unnötige Bestimmung.

Gemäss Kreisschreiben Nr. 20 Ziff. 8.2. anerkennt die ESTV einen ausländischen Trust bereits heute als abkommensberechtigte Person, wenn der Trust selbst oder der/die Trustees im anderen Staat Steuersubjekt, d.h. steuerpflichtig ist. Damit scheiden wohl mit wenigen Ausnahmen Trusts aus, welche einen Schweizer Trustee haben und nach dem auf den Trust anwendbaren Rechts in diesem Vertragsstaat nicht steuerpflichtig sind.

Das Einfügen des Abs. 4 von Art. 10a DBG zeigt eindrücklich, dass sich die Schweizer Steuerbehörden mit der steuerlichen Behandlung von Trusts schwer tun. Eine starre Kodifizierung in den Steuergesetzen wird dem Trust, welcher gerade keinen starren Regeln unterworfen ist, in keinster Weise. Das KS Nr. 20, welches Grundsätze und Richtlinien vorgibt, ist aus diesem Grund vorzuziehen.

5. Diverse Konstellationen nach Option 1

Aufgrund von Art. 10a DBG ergeben sich diverse Konstellationen, die auch im internationalen Steuerrecht auseinandergehalten werden müssen. Die Handhabung wird viel komplizierter mit einer Kodifikation, als wenn die Steuerbehörden ihre bisher bewährte Praxis weiterführen können.

Der Schweizer Trust soll gemäss Motion für Schweizer eingeführt werden. Wie bereits erwähnt, wird der Schweizer Trust wohl selten in reinen Schweizer Familienverhältnissen eingesetzt werden. Es ist durchaus möglich, dass sogar eher ausländische Familien einen Schweizer Trust einsetzen, was nicht dem Postulat entspricht und im internationalen Steuerrecht zu diversen Besteuerungs-konflikten führen kann, welche mit dem Vorschlag von Art. 10a DBG und den bestehenden DBAs nicht zu lösen sein wird.

a) **Begünstigter ist feststellbar und hat Wohnsitz in der Schweiz**

Der Irrevocable Discretionary Trust wird als selbständiges Steuersubjekt auf (anteiligem) Trustvermögen unbeschränkt steuerpflichtig.

b) **Kein Begünstigter ist feststellbar, Settlor hat Wohnsitz in der Schweiz**

Der Irrevocable Discretionary Trust wird als selbständiges Steuersubjekt auf gesamten Trustvermögen/Einkommen unbeschränkt steuerpflichtig.

c) **Begünstigter ist feststellbar, hat aber keinen Wohnsitz in der Schweiz**

Der Irrevocable Discretionary Trust wird nicht als selbständiges Steuersubjekt steuerpflichtig.

d) **Kein Begünstigter ist feststellbar, Settlor hat Wohnsitz im Ausland**

Der Irrevocable Discretionary Trust wird nicht als selbständiges Steuersubjekt steuerpflichtig.

e) **Nur Trustee hat Wohnsitz/Sitz in der Schweiz**

Wo der Trustee seinen Wohnsitz hat, ist gemäss Vorschlag absolut irrelevant. Hat der Trustee eines Schweizer Irrevocable Discretionary Trust Wohnsitz/Sitz in der Schweiz und haben die Begünstigten und der Settlor ihren Wohnsitz im Ausland, ist der Trust kein selbständiges Steuersubjekt.

f) **Subsidiäre Regelung**

Sofern der Trust im Sinne des anwendbaren DBA im anderen Vertragsstaat ansässig ist, wird das Trustvermögen/Einkommen dem Settlor zugerechnet, unabhängig, wo dieser seinen Wohnsitz hat. Diese subsidiäre Regelung gilt also nur, solange der Settlor lebt. Nach seinem Tod erlischt diese Regelung.

5. **Fazit**

Aus steuerlicher Sicht wird in der Praxis wohl auch künftig angestrebt, einen Irrevocable Discretionary Trust zu vermeiden, damit keine hohen Steuern resultieren. Es wird also weiterhin Transparenz angestrebt. Das Kreisschreiben hat dazu bisher gute Dienste geleistet. Es gibt Besteuerungsrichtlinien vor, welche es dem Anwalt, Treuhänder, Trustee etc. ermöglichen, eine auf die Familie zugeschnittene Trustlösung auszuarbeiten, die die gewünschten Wirkungen zeitigt, ohne aber zu einem steuerrechtlichen Schrecken zu werden. Aus diesem Grund hat sich in der Schweiz in den letzten Jahren auch eine «Trustindustrie» entwickelt. Diverse Trust-Provider aus dem Ausland haben eine Niederlassung in der Schweiz gegründet und verwalten die Trustvermögen, welche häufig bei Schweizer Banken liegen, aus der Schweiz heraus, insbesondere für ausländische Familien.

Die Kodifizierung löst die schwierigen Fragen im internationalen Verhältnis nicht. Es gibt nicht den Trust. Kein Trust gleicht dem anderen. Jeder wird auf die Bedürfnisse der jeweiligen Familie zugeschnitten. Aufgrund dieser Mannigfaltigkeit ist die Kodifizierung einer Trustbesteuerung fast unmöglich, was der erste vorliegende Versuch nun auch zeigt. Eine Kodifizierung bleibt stets zu starr und wird der differenzierten Ausgestaltung von Trusts nicht gerecht. Es ist zu befürchten, dass nicht nur keine oder wenige Schweizer Trust errichtet werden, sondern auch die nach ausländischem Recht errichteten Trust nicht mehr aus der Schweiz heraus verwaltet werden, sollte der Settlor oder ein Begünstigter seinen Wohnsitz in der Schweiz haben. Das wäre genau das Gegenteil des angestrebten Ziels. Aus Trustkreisen ist denn auch zu vernehmen, dass die vorgeschlagene Besteuerung des Trusts kontraproduktiv ist. Auch der SAV schliesst sich dieser Auffassung an. Nicht nur ist der Vorschlag nach Option 1 nicht praktikabel, es sollte gänzlich auf eine Kodifizierung verzichtet werden. Die Praxis zeigt, dass das Kreisschreiben gute Dienste leistet und dass Trusts bei Schweizer Beteiligung sehr häufig steuerlich transparent behandelt werden, da der Grund der Errichtung nicht primär die Steuerersparnis ist.

III. **Gründung des Trusts / Constitution du trust / Costituzione del trust**

1. **Introduzione**

L'avamprogetto di legge che prevede di introdurre il nuovo istituto giuridico del trust nel Codice delle obbligazioni disciplina la costituzione del trust agli artt. 529a cpv. 2 e 529b AP-CO.

Secondo l'art. 529a cpv. 2 AP-CO il trust è costituito mediante una dichiarazione scritta o per disposizione a causa di morte.

L'art. 529b AP-CO statuisce che nell'atto di trust il disponente dichiara di destinare beni a un trust, designa il trustee e i beneficiari e stabilisce le disposizioni relative all'amministrazione dei beni (cpv. 1). Se il trust è costituito per disposizione a causa di morte, il disponente può rinunciare a designare il trustee nell'atto di trust. In questo caso ogni interessato può chiedere al giudice di designare il trustee (cpv. 2). Se il disponente medesimo diviene trustee, l'atto di trust menziona precisamente i beni che il disponente destina al trust (cpv. 3). L'atto di trust contiene anche una designazione per identificare il trust, altrimenti il trustee sceglie la designazione (cpv. 4). Il trust diviene efficace quando il trustee ha acconsentito per iscritto alla sua nomina e ha acquisito i beni destinati al trust (cpv. 5). Sono fatte salve le disposizioni legali per la protezione dei creditori, del coniuge o del partner registrato nonché degli eredi del disponente (cpv. 6).

In sintesi un trust può essere costituito nei seguenti tre modi:

- 1) Atto unilaterale del disponente mediante una dichiarazione scritta in vita (atto di trust) che diviene effettiva con l'accettazione scritta del trustee e il trasferimento dei beni conferiti al trustee (art. 529b cpv. 5 AP-CO)
- 2) Atto unilaterale del disponente mediante una dichiarazione scritta (atto di trust) in cui egli designa sé stesso come trustee di beni di cui è già proprietario e che vanno menzionati precisamente nell'atto di trust (art. 529b cpv. 3 AP-CO)
- 3) Disposizione per causa di morte del disponente (atto di trust), che può rinunciare a designare il trustee (art. 529b cpv. 2 AP-CO)

2. Costituzione per atto unilaterale del disponente con accettazione del trustee e trasferimento dei beni al trustee (art. 529b cpv. 5 AP-CO)

Nel caso di costituzione del trust con atto unilaterale del disponente mediante una disposizione scritta in vita che diviene effettiva con l'accettazione scritta del trustee e il trasferimento dei beni conferiti al trustee si pone la seguente questione: finché il trustee designato non ha accettato la sua nomina e/o il trasferimento dei beni non è stato completato secondo le modalità specifiche per ogni bene trasferito (art. 656 CCS per i beni immobili, art. 714 CCS per i beni mobili, art. 165 CO per i crediti, ecc.), il trust rimane in una sorta di stato di sospensione ("Schwebezustand").

Per evitare questa costellazione e le relative problematiche ivi connesse sarebbe auspicabile che la legge prevedesse esplicitamente che il trust è validamente costituito unicamente con i seguenti elementi cumulativi:

- a) atto unilaterale scritto del disponente (atto di trust) con cui egli (i) dichiara di destinare dei beni a un trust, (ii) designa il trustee, (iii) designa i beneficiari e i loro benefici e (iv) stabilisce le regole relative all'amministrazione del trust;
- b) l'accettazione scritta del trustee;
- c) il trasferimento dei beni al trustee.

In alternativa la legge potrebbe disciplinare le conseguenze nel caso in cui il trustee non dovesse accettare la sua nomina e/o nel caso in cui i beni non venissero trasferiti al trustee (nullità ex nunc dell'atto di trust? diritto del trustee/dei beneficiari/del protector di nominare un altro trustee e/o di richiedere il trasferimento dei beni al trustee?).

3. Costituzione per atto unilaterale del disponente mediante una dichiarazione scritta in cui egli designa sé stesso come trustee di beni di cui è già proprietario e che vanno menzionati precisamente nell'atto di trust (art. 529b cpv. 3 AP-CO)

L'art. 529b cpv. 3 AP-CO prevede un'eccezione al trasferimento dei beni al trustee quando il disponente designa sé medesimo come trustee di beni di cui è già proprietario e che vanno pertanto menzionati precisamente nell'atto di trust, ossia nella dichiarazione scritta unilaterale in vita del disponente.

In tal caso si tratta di chiarire se nell'atto di trust il disponente può inserire anche i beni non ancora di sua proprietà, come per esempio un'aspettativa ereditaria.

4. Costituzione per disposizione per causa di morte del disponente, che può rinunciare a designare il trustee (art. 529b cpv. 2 AP-CO), e trasferimento dei beni al trustee

L'art. 529a cpv. 2 AP-CO stabilisce che la costituzione di un trust può avvenire mediante disposizione per causa di morte. Giusta l'art. 481 cpv. 1 CCS sembra dunque che il disponente possa costituire un trust tramite testamento (nelle varie forme previste dal CCS, ossia testamento pubblico ex art. 499ss CCS, testamento olografo ex art. 505ss CCS o testamento orale ex art. 506ss CCS) oppure tramite patto successorio ex art. 512ss CCS. In questa ultima evenienza si tratta di chiarire se l'atto di costituzione del trust (atto di trust) avviene dunque tramite un atto di trust bilaterale tra il disponente ed un trustee suo erede o legatario nella forma del pubblico testamento e non tramite un atto unilaterale del disponente.

Il trasferimento dei beni al trustee deve essere ordinato nel quadro della successione del disponente mediante un'istituzione di erede ex art. 483 CCS o un legato ex art. 484 CCS (cfr. Rapporto esplicativo per l'avvio della procedura di consultazione del 12 gennaio 2022, 5.1.1.4, pag. 59). Si pone il quesito a sapere cosa accade se post mortem i beni conferiti non possono essere trasferiti al trustee poiché non si trovano (più) nell'eredità (applicazione dell'art. 484 cpv. 3 CCS?).

5. Conclusioni

Riassumendo il trust si costituisce tramite un atto di trust (negozio giuridico unilaterale del disponente o bilaterale con il trustee – "Verpflichtungsgeschäft") e il trasferimento dei beni al trustee (atto dispositivo – "Verfügungsgeschäft").

Secondo l'avamprogetto di legge non sono chiare le conseguenze nel caso in cui il trustee non accetta la sua nomina, rispettivamente nel caso in cui i beni conferiti al trust non vengono trasferiti in proprietà al trustee.

IV. Änderungen des Steuerrechts / Modifications en matière fiscale / Cambiamenti in materia fiscale

1. Einleitende Bemerkungen

Aktuell bestehen keine gesetzlichen Regelungen zur steuerlichen Behandlung von Trusts. Stattdessen hat die SSK das Kreisschreiben Nr. 30 vom 22. August 2007 betreffend die

Besteuerung von Trusts (KS Nr. 30) erlassen, welches die ESTV am 27. März 2008 auch für die direkte Bundessteuer als anwendbar erklärte. In der Praxis bildet die Besteuerung von Trusts zudem die Grundlage für einen offenen Dialog zwischen den Steuerbehörden und den Steuerpflichtigen, der kaum zu Rechtsstreitigkeiten Anlass gab. Dies alleine wäre schon Grund genug, von der Einführung neuer Rechtsvorschriften abzusehen.

2. Änderungen im DBG und StHG

2.1 Revocable Trusts

Art. 10a Abs. 1 VE-DBG und Art. 6a Abs. 1 VE-StHG sehen eine Zurechnung an den Begründer des Trusts vor, wenn sich dieser mittels rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorkehrungen weiterhin den Zugriff auf das Trustvermögen vorbehalten hat. Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung des Trusts als revocable bzw. irrevocable. Bei Ableben des Begründers wird der Trust irrevocable, ausser wenn das Widerrufsrecht einer weiteren Person zusteht oder auf eine weitere Person übergeht (zum Ganzen Ziff. 6.7 Erläuternder Bericht).

Die Einführung von Rechtsnormen im DBG und StHG wird im Erläuternden Bericht damit begründet, dass die fehlende Abstützung der Rechtsfolgen auf eine Gesetzesgrundlage aus Verfassungsgesichtspunkten zweifelhaft sei. Vor diesem Hintergrund sind die Rechtsfolgen gemäss voranstehendem Abschnitt nicht unbedenklich. Die dargestellten Besteuerungsfolgen stützen sich im Wesentlichen auf das KS Nr. 30 ab und gerade nicht etwa auf eine Gesetzesbestimmung. Bereits deshalb sind die dargestellten Rechtsfolgen fragwürdig.

Zudem werden die dargestellten Rechtsfolgen den möglichen Fallkonstellationen, wie sie in der Praxis bestehen, nicht gerecht. Ebenso wenig entsprechen sie der gelebten Rechtsanwendung. So kommt es beispielsweise nicht zu einer Besteuerungslücke in der Schweiz, wenn im Zeitpunkt des Ablebens des Begründers die Nächstbegünstigten nicht bekannt sind. Ebenso könnte von einer Besteuerung des Trusts selbst abgesehen und eine (teilweise) Zurechnung an den Nächstbegünstigten vorgenommen werden, wenn einer der Nächstbegünstigten zwar einen Wohnsitz in der Schweiz hat, aber über keine wirtschaftliche Verfügungsmacht über einen Teil des Trustsvermögens verfügt.

2.2 Irrevocable Fixed Interest Trusts

Der Erläuternde Bericht sieht zu Art. 10a Abs. 2 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 2 VE-StHG vor, dass der Trustee keine Ermessensfreiheit bei der Zuteilung des Einkommens des Trustvermögens und/oder der Vermögenswerte des Trusts besitze. Die laufenden Einkünfte aus dem Trustvermögen werden den Begünstigten zugerechnet. Der Begründer des Trusts würde sich definitiv seines Vermögens entäussern, weshalb das Trustvermögen nunmehr den Begünstigten zugerechnet werde.

Diese Darstellung ist allerdings verkürzt und bildet nur einen Teil der möglichen Konstellationen ab. Insbesondere ist es durchaus möglich, dass der Trustee über die fest vorgesehenen Ausschüttungen hinaus weitere Ermessensausschüttungen vornehmen kann.

Zudem stellt sich die Frage, ob die vollständige Zurechnung des Trustvermögens an die Begünstigten korrekt ist. Dies steht im Widerspruch zur Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Begünstigten, in Fällen, in denen der kapitalisierte Wert des festen Ausschüttungsanspruchs geringer ist als das Trustvermögen. Selbst in Fällen, wo der Trustee aus dem übrigen Trustvermögen Ermessensausschüttungen vornehmen könnte, fehlt es an einem

gefestigten Rechtsanspruch der Begünstigten, sodass richtigerweise von einer vollständigen Zurechnung des Trustvermögens an die Begünstigten abgesehen werden muss und eine solche Zurechnung nur im Umfang des kapitalisierten Werts des festen Anspruchs erfolgen darf.

Ähnliche Überlegungen sind hinsichtlich der Zurechnung von Erträgen auf dem Trustvermögen anzustellen. Es ist davon auszugehen, dass das Trustvermögen ertragsbringend investiert wird. Eine Zurechnung solcher Trusteinkünfte an die Begünstigten lässt sich nicht rechtfertigen.

In allen Fällen darf im Übrigen eine Einkommensbesteuerung der festen Ausschüttungen bei den Begünstigten nur erfolgen, soweit diese Ausschüttungen durch (akkumulierte) Trusteinkünfte gespiesen werden. Mit anderen Worten dürfen die Ausschüttungen bei den Begünstigten nicht mit der Einkommenssteuer erfasst werden, sofern diese Ausschüttungen aus dem Trustvermögen gespiesen werden.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass die vorgesehene gesetzliche Regelung von Fixed Income Trusts den Steuerbehörden die Möglichkeit entzieht, in diesen Konstellationen eine situativ sachgerechte Lösung zu finden. Deshalb ist auch im Bereich des Fixed Interest Trusts von einer gesetzlichen Regelung abzusehen.

2.3 Irrevocable Discretionary Trusts

2.3.1 Besteuerung des Trusts

Gemäss Art. 10a Abs. 3 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 3 VE-StHG wird ein Irrevocable Discretionary Trust wie eine Stiftung besteuert. Der Trust ist in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig, wenn mind. ein Begünstigter in der Schweiz aufgrund unbeschränkter Zugehörigkeit steuerpflichtig ist. Lassen sich die Begünstigten nicht bestimmen, wird der Trust selbst steuerpflichtig, sofern der Settlor in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig ist bzw. im Zeitpunkt seines Todes unbeschränkt steuerpflichtig war.

Es bleibt allerdings unklar, ob eine bloss anteilmässige Besteuerung des Trusts aufgrund der in der Schweiz lebenden Begünstigten erfolgt, nach welchen Prinzipien eine solche Aufteilung erfolgen könnte und wie sich die Besteuerungssituation bei Zu- und Wegzug von Settlor und/oder Begünstigten verhält etc. Die vorgeschlagene Gesetzesbestimmung ist in sich völlig unklar und schafft eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Abgesehen davon widerspricht die Besteuerung von Trusts als stiftungsähnlich der Grundkonzeption von Trusts. Sie wird auch der unzähligen Ausgestaltungsmöglichkeiten, die in der Praxis anzutreffen sind und wofür das angelsächsische Trustrecht (im Gegensatz zum Stiftungsrecht) gerade Raum lässt, nicht gerecht.

Art. 10a Abs. 4 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 4 VE-StHG nimmt alsdann eine Zurechnung von Einkommen und Vermögen an den Settlor vor, wenn der Trust gemäss DBA als im Ausland ansässig gilt. Dabei handelt es sich um einen verpönten Treaty Override. Im Übrigen verweist Art. 6a Abs. 4 VE-StHG fälschlicherweise auf Absatz 2, wobei der Verweis auf Absatz 3 gehen sollte. Zudem sollte der Vorbehalt in Art. 6a Abs. 3 VE-StHG auf Absatz 4 (nicht Absatz 3) lauten.

2.3.2 Verrechnungssteuerrückerstattungsberechtigung des Trusts

Art. 21 Abs. 1 lit. abis VE-VStG stellt sicher, dass auch Trusts die Verrechnungssteuern auf Einkünfte zurückfordern können. Dies ist stringent, sofern an einer stiftungsähnlichen Besteuerung von Irrevocable Discretionary Trusts festgehalten wird.

Unklar ist demgegenüber, wie es sich mit der Rückerstattung von ausländischen Quellensteuern verhält. Eine Abkommensberechtigung des Trusts müsste in den jeweiligen

Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) vorgesehen werden. Da allerdings nur eine beschränkte Zahl von DBAs eine besondere Regelung für Trusts vorsehen, kann nicht ohne Weiteres von einer Rückerstattungsberechtigung von Trusts ausgegangen werden. Zwar umfasst der Ausdruck "Person" in den DBAs regelmässig auch Gesellschaften, welche ihrerseits als "Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden" definiert werden. Aufgrund der Behandlung von Trusts als stiftungsähnlich müsste eine Abkommensberechtigung bejaht werden. Es verbleibt allerdings eine Rechtsunsicherheit in der Rechtsanwendungspraxis.

2.3.3 Solidarische Haftung für Steuerforderungen

Art. 55 Abs. 5 VE-DBG sieht eine solidarische Haftung der in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Begünstigten und der Begründer vor, sofern es sich beim Trust um einen Irrevocable Discretionary Trust handelt. Im Erläuternden Bericht wird dies mit der fehlenden Möglichkeit der Durchsetzung von Steuerforderungen gegenüber ausländischen Trustees, welche ihrer Zahlungspflicht nicht nachkommen, gerechtfertigt.

Eine solche betragsmässig unbeschränkte solidarische Haftung ist abzulehnen. Dies hätte nämlich zur Folge, dass ein Begünstigter nicht nur mit der erhaltenen Ausschüttung, sondern darüber hinaus mit seinem Privatvermögen für Steuerforderungen haften würde.

2.3.4 Gewinne des Trusts

Der Verweis in Art. 67a VE-DBG bzw. Art. 26b VE-StHG auf Art. 10a VE-DBG bzw. Art. 6 VE-StHG, ist so zu verstehen, wonach juristische Personen, die entweder Settlor oder Begünstigte sind, nach denselben Grundsätzen besteuert werden, die für natürliche Personen gelten (siehe Erläuternder Bericht zu Art. 67a VE-DBG).

Diese Bestimmung ist höchstgradig unklar und ohne weitergehende Erläuterung unverständlich. Dies gilt auch für andere Bestimmungen des Vorentwurfs, wird aber in Art. 67a VE-DBG und Art. 26b VE-StHG geradezu akzentuiert.

2.3.4 Würdigung

Dies macht die Schweiz als Zuzugsstaat für einen Settlor bzw. Beneficiaries eines Irrevocable Discretionary Trust gegenüber der derzeitigen Situation deutlich unattraktiver. Dies ist aus unserer Sicht nicht wünschenswert. Vor diesem Hintergrund ist die vorgeschlagene Normierung der Besteuerung von Trusts insgesamt abzulehnen. Vielmehr ist an der bewährten Praxis festzuhalten, wie sie heute auf der Grundlage des KS Nr. 30 gelebt wird.

2.4 Besteuerung der Ausschüttungen

Leistungen aus dem Trustvermögen werden nach den allgemeinen Bestimmungen zur Einkommensbesteuerung besteuert (Erläuternder Bericht zu Art. 10a VE-DBG). Somit kommt Art. 24 lit. a zweiter Satz VE-DBG bzw. Art. 7 Abs. 4 lit. c VE-StHG nur dann zum Tragen, wenn die Ausschüttungen nicht mit der Einkommenssteuer erfasst werden. Leistungen aus Irrevocable Discretionary Trusts unterliegen entsprechend immer der Einkommenssteuer; dies gilt unabhängig davon, ob die Leistungen aus eingebrachtem Kapital oder akkumulierten Erträgen erfolgen (vgl. Erläuternder Bericht zu Art. 24 lit. a VE-DBG).

Damit tritt wiederum eine nicht sachgerechte Verschlechterung der Rechtslage ein. Bislang war unbestrittenermassen anerkannt, dass auf Ausschüttungen aus nachgewiesenermassen

eingebrauchtem Kapital keine Besteuerung erfolgt. Dies ist im Einklang mit der Regelung zu den Kapitaleinlagereserven von Kapitalgesellschaften. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung stellt somit nicht nur eine Verschlechterung gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage, sondern auch gegenüber anderen Rechtsinstituten dar.

3. Gesamtwürdigung

Die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Regelung verändert insbesondere (aber nicht nur) die Besteuerung von Irrevocable Discretionary Trusts. Die vorgeschlagenen Änderungen sind dergestalt, dass sie die Verwendung von Trusts gegenüber der heutigen Rechtslage deutlich unattraktiver macht. Dies macht die Schweiz auf dem internationalen Parkett der Zuzugsstaaten von vermögenden Privatpersonen unattraktiv, sodass die Schweiz erheblich an Standortvorteilen einbüßen würde, was aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht kaum wünschbar ist. Zudem würde gerade das Gegenteil der mit der Trusteinführung beabsichtigten Lösung bewirkt werden, wonach Personen ein weiteres Instrument zur Planung ihres Vermögens etwa im Rahmen einer Nachlassplanung in die Hand gegeben werden soll. Faktisch werden Trusts infolge dieser Besteuerungsregelung zum Papiertiger. Schliesslich wäre die vorgeschlagene Trustbesteuerung ein (absonderliches) Unikum im internationalen Umfeld. Die praktische Handhabung der Besteuerung von Trusts zeigt im Übrigen, dass bislang aus Sicht der Praxis kein Handlungsbedarf identifiziert wurde. Nach alledem ist von einer Normierung der Besteuerung von Trusts abzusehen.

Das geltende Recht ermöglicht es, praktische Lösungen mit den Steuerbehörden zu finden, die zu sehr wenigen Streitigkeiten führen. Selbst wenn die Einführung eines Trustrechts in der Schweiz bejaht würde, bedarf es keiner steuerrechtlichen Vorschriften.

V. Kommentar einzelner Bestimmungen / Commentaire de certaines dispositions / Commento alle singole disposizioni

1. Nouvelles dispositions du CO

1.1 Art. 529a CO

Le projet ne prévoit aucune exigence spécifique quant aux qualités que doit avoir le trustee. Une exigence de domicile/siège du trustee en suisse devrait être exigée. Outre la possibilité de garantir une certaine sécurité liée à la présence locale du trustee, ce rattachement assurerait également la possibilité d'une juridiction basée en Suisse pour traiter de tout litige lié au trust. Au vu des spécificités du trust suisse qui, s'il s'inspire des institutions étrangères de common law s'en distingue également à plus d'un titre et sur des éléments importants, il convient de s'assurer que cette législation sera appliquée par les institutions helvétiques. A l'inverse et si les institutions de common law devaient en réalité se retrouver à devoir appliquer la loi sur le trust suisse, et de façon plus régulière que les institutions helvétiques, un risque certain existerait que les principes de droit suisse sous-tendant cette législation soient ignorés et/ou faussement appliqués par les institutions étrangères dont la culture juridique se distingue de la nôtre.

1.2 Art. 529b al. 2 CO

En l'absence de désignation du trustee dans l'acte constitutif valant disposition pour cause de mort, qu'advient-il du patrimoine dévoué au trust jusqu'à la désignation du trustee? Cette situation crée un vide juridique avec une période durant laquelle les actifs destinés au trust sont "en

déréliction", n'étant la propriété de personne.

Les principes suivants fixés dans l'avant-projet, à savoir (i) que le trustee est propriétaire des actifs du trust (art. 529I) et (ii) que le consentement écrit du trustee est un prérequis nécessaire à la constitution du trust empêchent clairement une dévolution de propriété en faveur du trustee qui n'est pas connu et n'a pas formellement accepté les biens. Par ailleurs, une telle situation quant à la vacance de propriété temporaire se révèle également contraire au principe prévalant en droit des successions suisse selon lequel "le mort saisit le vif" entraînant un transfert de propriété immédiat consécutif au décès (art. 560 cum 537 CC).

Cette absence de propriété crée une insécurité juridique laquelle ne manquera pas d'entraîner des conséquences négatives et difficilement gérables.

Cette lacune requiert un traitement précis dans la loi afin de régler précisément le statut des biens destinés au trust à la mort du défunt. En l'absence de traitement spécifique dans le projet, les principes généraux trouveront selon toute vraisemblance application et pourraient dès lors conduire au transfert des biens en faveur des héritiers, de manière temporaire, à charge pour le trustee, une fois nommé, d'agir en délivrance des biens (délivrance du legs) à l'encontre des héritiers. Un tel mécanisme ne semble pas souhaitable puisqu'il entraînerait inévitablement des risques pour le trustee et pourrait rendre particulièrement complexe la possibilité pour le trustee de récupérer les biens dévolus au trust, en particulier si les héritiers ne sont pas bénéficiaires du trust et entendent s'opposer à la constitution de celui-ci. La possibilité pour le trustee de défendre les intérêts du trust et de ses bénéficiaires sera rendue d'autre plus compliquée que le trustee ne disposera pas des avoirs du trust et pourrait dès lors ne pas disposer des fonds nécessaires à la défense des intérêts du trust.

1.3. Art. 529b al. 5 CO

Cette période de latence jusqu'à la confirmation écrite du trustee pose les mêmes problématiques que celles exprimées sous le titre 1.1 ci-dessus lorsque le trust est constitué par disposition pour cause de mort.

1.4. Art. 529g al. 2 CO

La formulation pourrait ici être plus précise de façon à exiger que le trustee actionne et soit actionné "en sa qualité de trustee", mention qui devrait figurer dans la dénomination de la partie (au même titre que la mention "en liquidation" d'une société en liquidation) lorsqu'il agit ou est actionné en cette qualité.

En revanche, lorsqu'il est actionné en responsabilité et répond sur son patrimoine personnel, une telle mention ne devrait pas être exigée, et ne devrait pas même être mentionnée.

Compte tenu des risques procéduraux relatifs à cette nomenclature et une erreur y relative, les exigences à ce titre devraient être clairement exprimées dans la loi.

1.5. Art. 529g al. 3 CO

La limitation de responsabilité n'est prévue qu'avec le créancier. Elle pourrait également être envisagée avec le(s) bénéficiaire(s).

1.6. Art. 529g al. 5 ch. 2 CO

Une telle solution de repli est susceptible de conduire à des situations de blocage peu adéquates (quand bien même il s'agit de la solution analogue à plusieurs communautés connues du droit suisse). Il pourrait s'avérer préférable de prévoir une décision à la majorité.

1.7. Art. 529i CO

La formulation des possibilités de refus se révèle trop large et devrait a minima exclure un tel refus lorsque la demande d'information se fonde sur un droit légal (droit aux renseignements entre époux/héritiers).

L'insertion du caractère alternatif des deux fondements de refus serait également bienvenue en précisant "ou" entre les deux chiffres.

1.8. Art. 529n al. 2 CO

La soustraction à l'exécution forcée des biens du trust pour toutes obligations autres que celles prévues dans l'acte de trust et celles du trustee se révèle très large et implique que l'exécution forcée ne pourrait être envisagée en lien avec des engagements pris de façon irrégulière par le trustee si ceux-ci devaient avoir été pris de concert avec le constituant en recourant de manière abusive au trust par exemple.

Le projet ne discute pas les conséquences d'un "sham" trust (nous y reviendrons ci-après, titre 3). En particulier, la formulation de cet alinéa consacrerait un fondement pour le constituant de soustraire les biens du trust à l'exécution même en cas de constitution abusive du trust dans le but de se soustraire à ses créanciers.

1.9. Art. 529w CO

Il pourrait s'avérer opportun d'exiger un siège du tribunal arbitral en Suisse afin d'assurer le contrôle uniquement par le Tribunal fédéral suisse et d'éviter que l'application de la loi sur le trust suisse soit in fine appliquée par un tribunal étranger au regard de principes liés aux trusts étrangers au mépris des spécificités du trust suisse.

2. Modifications d'autres textes législatifs

2.1. Art. 528 al. 3 CC

Les motifs exprimés sous le titre 1.2 ci-dessus soulèvent également des problématiques en lien avec cette disposition. Au vu de la brièveté du délai pour le dépôt de l'action en réduction (1 an), le trustee pourrait ne pas être encore connu. Aussi, la nécessité de diriger l'action à l'encontre du trustee ne devrait être exigée que si le trustee existe.

2.2. Art. 39a CPC

Les lieux de rattachement fixés dans cette disposition, s'ils sont adéquats au niveau de la particularité du trust en tant que telle et correspondent aux critères de rattachement usuels, risquent de conduire à l'absence de for suisse lorsque le trustee est à l'étranger et administre le trust depuis l'étranger. Un tel cas de figure pourrait s'avérer courant vu l'absence d'exigence de

localisation du trustee en Suisse – ce qui ne paraît pas adéquat en particulier pour cette raison (cf. titre 1.1 ci-dessus). Afin d'assurer une application de cette nouvelle législation selon les principes suisses et d'éviter tout risque d'"anglo-saxonisation" des spécificités du trust suisse, il apparaît nécessaire d'assurer le traitement des litiges liés au trust suisse par les tribunaux suisses – ou tribunal arbitral avec siège en Suisse. Aussi, l'art. 39a CPC devrait consacrer le for selon l'élection prévue dans l'acte de constitution et prévoir un for par défaut en Suisse, probablement en fonction du lieu de rattachement le plus marqué en Suisse (domicile suisse du constituant, localisation d'actifs suisses).

2.3. Art. 149b, al. 2, let. C LDIP

Cette disposition doit être approuvée et plaide également en faveur de l'exigence d'une élection de for en faveur d'un tribunal suisse – ou tribunal arbitral avec siège en Suisse – dans l'acte de constitution.

3. Autres commentaires : Sham / Durchgriff

Le projet ne contient aucune disposition relative au possible caractère abusif de la constitution du trust. Or ce type de structure est susceptible d'être utilisé à des fins autres que son but initial, notamment en vue de soustraire son patrimoine aux créanciers et/ou héritiers du constituant par exemple. La théorie générale du Durchgriff devrait-elle seule trouver application?

Il serait utile qu'une disposition règle précisément le sort du trust en cas de constitution abusive et/ou de contrôle abusif par son constituant et définisse les situations dans lesquelles une situation d'abus doit être consacrée ainsi que les conséquences qui en découlent.

VI. Schlussbemerkungen / Remarques finales / Osservazioni conclusive

Si le rapport explicatif semble justifier l'introduction dans l'ordre juridique suisse d'un trust helvétique par un intérêt pratique et la volonté de favoriser la place financière suisse, une certaine perplexité nous paraît devoir être de mise à cet égard. L'institution même du trust se révèle tout à fait spécifique et répond à des concepts, notamment en lien avec les relations de propriété inhérentes aux actifs du trust, développés au sein du droit anglo-saxon au travers d'une tradition plus que séculaire. Ces concepts relèvent pour la plupart d'entre eux de traditions inconnues du droit suisse et, plus généralement, des ordres juridiques fondés sur le droit civil (« civil law »). En outre, la tradition anglo-saxonne liées aux trusts s'est développée principalement au travers d'une jurisprudence riche et fouillée.

L'implantation du trust risque dès lors de créer des difficultés importantes pour le praticien et de se heurter à des incohérences avec nos conceptions traditionnelles de droit civil. L'exemple lié à la propriété des actifs du trust illustre ces difficultés qui ne manqueront pas de créer des situations de vide juridique qu'il conviendra de combler (voir en particulier nos commentaires ci-dessus sous le titre 1.2 et 1.3 relatifs à la vacance de propriété post décès jusqu'à la désignation et l'acceptation d'un trustee). De telles lacunes devront être comblées par la jurisprudence et nul doute que notre haute Cour saura pallier les éventuels déficits du projet de loi, cela toutefois au prix d'une insécurité juridique non négligeable. De surcroît, la particularité du concept de trust et son développement largement étendu dans les juridictions anglo-saxonnes impliqueront selon toute vraisemblance un recours aux concepts anglo-saxons pour tenter de combler les lacunes du droit suisse, au risque alors, (i) au mieux de se retrouver avec une institution juridique qui se révélera

bien moins helvétique qu'elle ne voudrait le prétendre et (II) au pire de voir un instrument hybride incluant des éléments de droit anglo-saxon appliqués sans véritable appréciation de leurs adéquations au regard du droit suisse. Les risques inhérents à cette seconde alternative pourraient se révéler d'autant plus importants que les juridictions étrangères pourraient se retrouver à devoir appliquer plus fréquemment la nouvelle législation helvétique (en particulier en présence d'un trustee localisé dans des juridictions étrangères plutôt que sur sol helvétique (cf. commentaires ci-dessus titres 1.1, 2.2 et 2.3).

Pour ces motifs entre autres, le projet de législation proposé n'apparaît pas suffisamment abouti et sa nécessité semble douteuse dans la mesure où les praticiens helvétiques ont toujours su recourir aux institutions étrangères déjà à disposition sans problème majeur à cet égard. A l'inverse, le recours à une institution de trust suisse risque de se heurter à une hésitation pratique certaine au vu des incertitudes qui l'entoureront de sorte que ce nouvel outil pourrait se révéler peu attrayant auprès des praticiens.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez aux présentes observations et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à notre haute considération.

Présidente FSA
Birgit Sambeth Glasner

Secrétaire général FSA
René Rall



Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail zugestellt an: zz@bj.admin.ch

Basel, 5. April 2022
ABA / NGR +58 330 62 17

Stellungnahme zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 12. Januar 2022 eröffnete Vernehmlassung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts).

Wir bedanken uns bestens für die Konsultation in dieser für die Finanzbranche wichtigen Vernehmlassung. Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Anliegen.

Die aus unserer Sicht **wichtigsten Anliegen** lauten wie folgt:

- **Wir lehnen den Vorentwurf gesamthaft und damit sowohl hinsichtlich der steuerrechtlichen als auch hinsichtlich der zivilrechtlichen Bestimmungen ohne Gegenvorschlag ab.** Das vorgeschlagene neue Steuerregime macht die Attraktivität der Vorlage zunichte.
- Der Vorentwurf stellt in Bezug auf die Behandlung des *irrevocable discretionary trust* im Vergleich zur bestehenden Praxis (insbesondere KS SSK 30 zur Besteuerung von Trusts vom 22. August 2007) eine **wesentliche Verschlechterung** dar. Besonders problematisch ist, dass die Steuerbestimmungen des Vorentwurfs sowohl auf Schweizer wie auch auf ausländische Trusts anwendbar sein sollen. Der Schweizer Standort würde so nicht nur für neue, sondern auch für bestehende Trusts **an jeglicher Attraktivität einbüßen**. Dies bedroht insbesondere das Geschäft der Schweizer Banken mit dem Nachfolge-Geschäft.
- **Haupt-Kritikpunkte** sind die systemwidrige, inkohärente und wettbewerbsschädliche **Überbelastung** des *irrevocable discretionary trusts* durch Doppelbesteuerung des

Trustkapitals mit Schenkungs-/Erbschafts- und Einkommenssteuer sowie der laufenden Gewinne des Trusts bzw. der Zuwendungen an die Begünstigten mit Gewinn- und Einkommenssteuer. Ferner der Umstand, dass der *irrevocable discretionary trust* der **Kapitalsteuer** unterliegen soll, und zwar zum **Steuersatz für Stiftungen**. Und schliesslich die inkonsequente und verfassungsrechtlich bedenkliche **Solidarhaftung** der unbeschränkt steuerpflichtigen Begünstigten und Begründer für die Steuern des *irrevocable discretionary trust*.

Gerne erläutern wir Ihnen nachfolgend unsere Anliegen. Für eine Diskussionen zur Ausarbeitung einer neuen Gesetzesvorlage stehen wir Ihnen jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

I. Doppelbesteuerung (Erläuternder Bericht, Seiten 85 und 115)

Der Erläuternde Bericht hält im Zusammenhang mit *irrevocable discretionary trusts* Folgendes fest:

- Die Errichtung kann, abhängig vom kantonalen Recht, Erbschafts- oder der Schenkungssteuer bis zum Höchstsatz auslösen.
- Für die laufenden Einkünfte und das Vermögen des Trusts ist der Trust analog zur Stiftung gewinn- und kapitalsteuerpflichtig.
- Für die Leistungen aus dem Trust fällt die Einkommenssteuer bei den Begünstigten an. Dies soll ausdrücklich sowohl Vermögenswerte betreffen, die der Begründer ursprünglich in den Trust eingebracht hatte, als auch Vermögenswerte, die der Trust erwirtschaftet hat.

Mit dieser Regelung entsteht beim *irrevocable discretionary trust* eine zweifache Doppelbesteuerung:

- Das Trustkapital wird einmal bei der Errichtung mit Schenkungs-/Erbschaftssteuer und ein weiteres Mal bei der Ausschüttung mit Einkommenssteuer besteuert. Bei der Einkommenssteuer wird nicht zwischen Trustkapital und Einkünften differenziert. Eine solche Doppelbesteuerung ist systemwidrig, weil Vermögensanfälle infolge Erbschaft oder Schenkung gemäss Art. 24 lit. a DBG steuerfreies Einkommen darstellen.
- Die laufenden Gewinne werden zunächst von der Gewinnsteuer erfasst. Für Gewinnsteuerzwecke sind die Zuwendungen an die Begünstigten zwar abziehbar. Soweit die Einkünfte aber nicht voll ausgeschüttet werden, was der Regelfall ist, wird der steuerpflichtige Residualgewinn bei späteren Ausschüttungen an die Begünstigten nochmals von der Einkommenssteuer erfasst und somit im Ergebnis doppelt besteuert. Diese Doppelbesteuerung wird in systemwidriger Weise auch nicht durch eine den Kapitalgesellschaften typische Freistellung bzw. Teilbesteuerung kompensiert.

Das Vermögen des *irrevocable discretionary trust* unterliegt überdies dem Kapitalsteuersatz für Stiftungen, der aber in einigen Kantonen (insbesondere den für das Trust-Geschäft wichtigen Standorten GE und VD), dem Vermögenssteuersatz für natürliche Personen entspricht. Dieser ist wesentlich höher als der Kapitalsteuersatz für Kapitalgesellschaften. Gemäss geltender Praxis untersteht der *irrevocable discretionary trust* hingegen in der Regel aus steuersystematischen Gründen überhaupt nicht der Vermögenssteuer.

II. Solidarhaftung (Art. 55 Abs. 5 VE-DBG)

Für die Steuern des *irrevocable discretionary trusts* nach Art. 10a Absatz 3 oder 4 sollen die in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Begünstigten und der Begründer solidarisch haften. Diese Regelung ist für die Durchsetzung der Steuerpflicht in der Schweiz gegenüber im Ausland verwalteten Trusts mit Begünstigten in der Schweiz vorgesehen.

Der Erläuternde Bericht selbst (Seite 78) bezweifelt die Verfassungskonformität dieser Lösung wegen der unterschiedlichen Behandlung des Begründers mit Wohnsitz im Ausland und in der Schweiz. In der Tat erscheint zweifelhaft, dass der Begründer trotz definitiver Entreichung und/oder der Begünstigte trotz noch nicht erfolgter definitiver Bereicherung für Steuerforderungen aus dem Trust-Vermögen haften soll(en). Soweit diese Regelung von Art. 55 Abs. 4 DBG inspiriert ist, nach dem für die Steuern ausländischer Handelsgesellschaften und anderer ausländischer Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit die in der Schweiz ansässigen Teilhaber solidarisch haften, haben sich diese aber im Unterschied zum Begründer eines *irrevocable trusts* ihrem Vermögen nicht entäussert.

III. Aufteilung (Art. 10a Abs. 2 f. VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 2 f. VE-StHG)

Das Einkommen des *irrevocable fixed interest trusts* soll den Begünstigten anteilmässig zugerechnet werden, wenn der Begründer sich endgültig des Trustvermögens entäussert hat und die Begünstigten über feste Ansprüche auf Leistungen aus dem Trustvermögen verfügen.

Beim *irrevocable discretionary trust* soll das Trusteinkommen und -vermögen dem Trust zugerechnet werden, der wie eine Stiftung als selbstständiges Steuersubjekt behandelt werden soll. Voraussetzung für diese Besteuerung ist, dass mindestens einer der Begünstigten in der Schweiz ansässig ist. Die Steuerpflicht des Trusts erstreckt sich nicht auf Begünstigte ohne persönliche Zugehörigkeit zur Schweiz. Dabei hält der Erläuternde Bericht (Seite 3) fest, dass es der Praxis überlassen sein soll, wie diese Anteile betragsmässig ermittelt werden.

Die Aufteilung eines Trusts in «Anteile» ist in der Praxis nicht möglich. So kann es beim *irrevocable fixed interest trust* sein, dass nicht alle Einkünfte an die Begünstigten ausgeschüttet werden, entweder weil ein Teil der Einkünfte gemäss der Trust Deed zurückbehalten werden muss oder weil noch weitere Begünstigten Ausschüttungen auf diskretionärer Basis erhalten sollen. Mit der im Vorentwurf angedachten Regel droht eine Überbesteuerung der Begünstigten mit festem Anspruch, weil sie möglicherweise sämtliche Einkünfte und das ganze Vermögen des Trusts versteuern müssen.

Beim *irrevocable discretionary trust* besteht das Risiko, dass sämtliche Einkünfte und das ganze Vermögen des Trusts in der Schweiz versteuert werden, sobald ein Begünstigter in der Schweiz ansässig ist. Möglich ist zudem, dass die Begünstigten gar nichts über ihre Anwartschaft wissen und durch ihre Ansässigkeit in der Schweiz unabsichtlich den gesamten Trust in die Schweizer Steuerpflicht hineinziehen. Aus demselben Grund droht zudem genau jenes Vollzugsdefizit, welches durch die Solidarhaftung eigentlich vermieden werden sollte.

IV. Standort-Attraktivität (Art. 10a Abs. 3 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 3 VE-StHG)

Sind die Begünstigten nicht bestimmbar, so soll der Trust unbeschränkt steuerpflichtig sein, wenn der Begründer aufgrund persönlicher Zugehörigkeit in der Schweiz steuerpflichtig ist oder im Zeitpunkt seines Todes war.

Der Entwurf spricht sich für «Option 1» aus, obwohl sie die Schlechterstellung hinsichtlich Standortattraktivität sowie administrativem Aufwand und Praktikabilität explizit anerkennt (Erläuternder Bericht, Seite 83). Dies widerspricht dem ausdrücklichen Ziel des Berichts: «Ziel ist es, Personen und Unternehmen in der Schweiz ein für den Erhalt ihres Vermögens flexibles, zuverlässiges und geeignetes Rechtsvehikel zur Verfügung zu stellen und dem Finanzplatz neue Geschäftsmöglichkeiten zu eröffnen.» (Erläuternder Bericht, Seite 2). Ein *irrevocable discretionary trust* kann schon heute im Ausland ohne Steuerpflicht in der Schweiz gegründet werden. Indem man ihn unter Durchbrechung der Systematik nunmehr steuerlich ins Inland zieht, verstösst man gegen das Ziel der Reform, den Trust in der Schweiz eigentlich attraktiver machen zu wollen.

V. Abkommensrecht (Art. 10a Abs. 4 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 4 VE-StHG)

Ist ein *irrevocable discretionary trust* nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen im Ausland ansässig, soll sein Einkommen dem Begründer zugerechnet werden. Ausweislich des Erläuternden Berichts werde mit dieser subsidiären Regel verhindert, dass der Schweiz kein Besteuerungsrecht zustehe, wenn nach dem anwendbaren DBA der Trust im Ausland ansässig ist (Erläuternder Bericht, S. 115).

Die vorgesehene Bestimmung nimmt einen Qualifikationskonflikt und in der Folge eine wirtschaftliche Doppelbelastung in Kauf, soweit der Trust nach dem anwendbaren DBA im Ausland ansässig ist. Denn bei Art. 10a Abs. 4 VE-DBG bzw. Art. 6a Abs. 4 VE-StHG handelt es sich um eine Zuteilungsregel, die im Abkommensrecht grundsätzlich Sache des nationalen Rechts ist. Infolgedessen kann sich der Steuerpflichtige auch nicht gegen eine aus abweichenden Zuteilungen beider Vertragsstaaten resultierende Doppelbelastung wehren. Der Erläuternde Bericht hält zudem selbst fest, dass mit der vorgesehenen Regelung ein Verstoß gegen Treu und Glauben aus Sicht eines DBA-Partnerstaats nicht ausgeschlossen werden kann (Erläuternder Bericht, Seite 83). Ein solcher Verstoß kann sich namentlich aus einem Fall wirtschaftlicher Doppelbesteuerung ergeben.

VI. Übergangsbestimmung (Art. 205g VE-DBG bzw. Art. 78h VE-StHG)

Für Trusts, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründet wurden, soll grundsätzlich bisheriges Recht weiterhin fortgelten. Davon ausgenommen sein sollen jedoch Trusts, denen der Begründer nach diesem Zeitpunkt Vermögenswerte zuwidmet.

Der Bestandsschutz einer solchen Übergangsbestimmung ist in der Praxis effektiv unwirksam, weil den allermeisten Trusts auf kurz oder lang weitere Vermögenswerte zugewidmet werden. Damit werden die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung begründeten Trusts de-facto alle dem neuen (weniger vorteilhaften) Recht unterworfen.

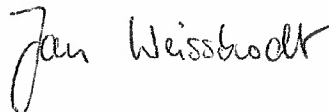
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten.

Für eine Diskussion zur Ausarbeitung einer neuen Gesetzesvorlage sowie für Rückfragen stehen Ihnen in Bezug auf den zivilrechtlichen Teil Herr Andreas Barfuss, Leiter Legal & Compliance (+41 58 330 62 17), und in Bezug auf den steuerrechtlichen Teil Herr Dr. Jan Weissbrodt, Leiter Tax (+41 58 330 63 02), jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Andreas Barfuss
Mitglied der Direktion
Leiter Legal & Compliance



Dr. Jan Weissbrodt
Mitglied der Direktion
Leiter Tax

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundesrain 20
3003 Bern

per Mail an:
zz@bj.admin.ch

Bern, 29. April 2022

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Möglichkeit, uns am obenerwähnten Vernehmlassungsverfahren beteiligen zu können.

Grundsätzliche Bemerkungen

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) lehnt die vorgeschlagene Vorlage zur Einführung eines Trusts nach Schweizer Recht vollumfänglich ab. So haben wichtige Teile des Parlaments die dieser Vorlage zu Grunde liegende Motion auch deutlich abgelehnt. Aus unserer Sicht bestehen mit dem aktuellen Schweizer Stiftungsrecht ausreichende und angemessen regulierte rechtliche Regelungen für eine sinnvolle Vermögenswidmung. Die Einführung eines Trusts ins schweizerische Recht birgt für den SGB hingegen wesentliche Risiken. Im Vordergrund stehen dabei die Geldwäschereiproblematik und Steuer-Vermeidung bzw. Steuerhinterziehung.

Risiken

Der Bundesrat kommt im Erläuternden Bericht zum Schluss, dass durch die in dieser Vorlage vorgesehene Schaffung eines Trusts nach Schweizer Recht das Steuerhinterziehungs- und Geldwäschereirisiko nicht erhöht würde. Allerdings stellt die interdepartementale Koordinationsgruppe fest, dass bei Trusts das Risiko naturgemäss höher ist.

Fazit

Vor diesem Hintergrund lehnt es der SGB ab, mit einem schweizerischen Trust ein neues Rechtsinstitut mit einem naturgemäss besonders hohen Risiko der Steuer-Vermeidung sowie Geldwäschereirisiko zu schaffen, ohne gleichzeitig das rechtliche Abwehrdispositiv im Kampf gegen diese Phänomene inkl. Terrorismusfinanzierung zu verstärken. Denn dies wäre dringend notwendig: Zuletzt haben die Enthüllungen der «Pandora Papers» aufgezeigt, dass die Steuervermeidungs- und Geldwäschereibestimmungen gerade in Sachen Trusts verstärkt werden müssen. Leider hat es die Mehrheit von National- und Ständerat in der Frühlingssession 2021 verpasst, insbesondere mit der Unterstellung der BeraterInnen unter die Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschereigesetzes eine notwendige Lücke zu schliessen. Notwendig wären zudem auch Verbesserungen bei der Transparenz über die wirtschaftlich Berechtigten. So fordert die GAFI in einer überarbeiteten Empfehlung mittlerweile, dass ein behördliches Register dieser wirtschaftlich Berechtigten oder Alternativinstrumente zu implementieren sind und gesellschaftsinterne Register nicht mehr ausreichen.

Die in dieser Vorlage in Art. 529j VE-OR vorgesehenen Identifikationspflichten der wirtschaftlich Berechtigten durch die Trustees reicht vor diesem Hintergrund nicht aus. Vielmehr notwendig wäre tatsächlich ein umfassendes behördliches öffentliches Register.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen zur Beantwortung von Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND

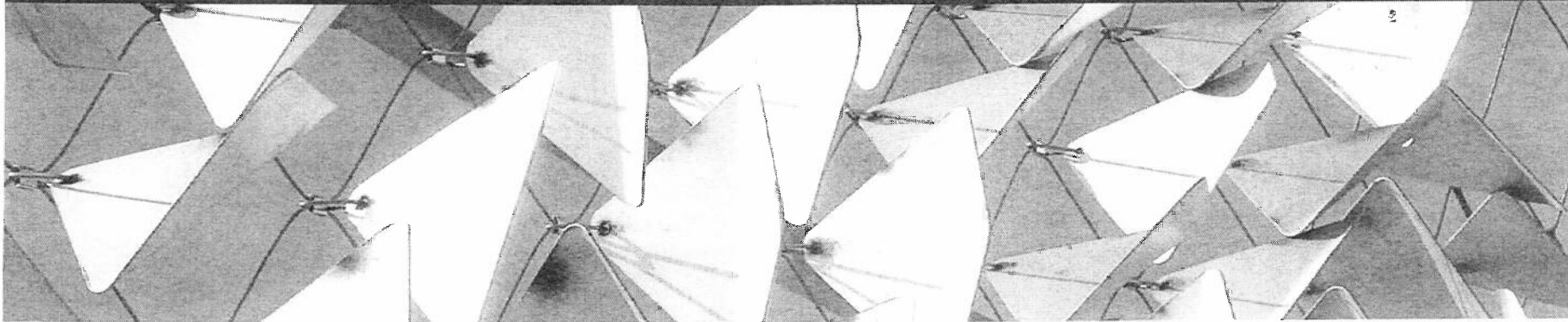
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Maillard', with a stylized flourish at the end.

Pierre-Yves Maillard
Präsident

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Cirigliano', with a stylized flourish at the end.

Luca Cirigliano
Zentralsekretär

VERS L'ADOPTION D'UN TRUST EN DROIT SUISSE ?



En date du 12 janvier 2022, le Conseil fédéral a mis en consultation un Avant-projet de loi visant à établir un trust de droit suisse. Le Conseil fédéral propose d'introduire un nouveau titre vingt deuxième bis intitulé Du trust, dans le code des obligations, et d'aménager les autres lois fédérales, notamment, les lois fiscales, susceptibles d'être impactées par l'instrument du trust suisse sans toutefois proposer simultanément un aménagement de la fondation de famille de droit suisse.

Lien pour le Rapport explicatif : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-86746.html>

Lien pour l'Avant-projet : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-86746.html>

©Sibilla G. Cretti, Dr en droit, Avocate, LL.M. Tax, TEP
SGC AVOCAT, Neuchâtel, janvier 2022

L'Avant-projet ouvert à consultation jusqu'au 30 avril 2022, propose d'introduire dans le droit suisse le trust exprès, privé ou commercial, en excluant les trusts créés par la loi ainsi que le « purpose trust ».

Le texte proposé s'inspire largement de la proposition de « fiducie renouvelée », présentée par le professeur Luc Thévenoz dans un rapport, présenté le 30 juin 2000, à l'Office fédéral de la Justice, intitulé « Adhésion de la Suisse à la Convention relative à la loi applicable au trust et à ses effets et codification de la fiducie ».

Entretemps, la Suisse a ratifié, en 2007, la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1er juillet 2004 (ci-après « la Convention de la Haye ») et complété la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP) par des dispositions spécifiques consacrées au trust de droit étranger (art 149a-149e LDIP).

On retrouve dans l'Avant-projet la définition du trust telle qu'établie par la Convention de la Haye, ce qui fait du trust suisse un instrument compatible à sa reconnaissance sur le plan international. L'Avant-projet intègre aussi les développements doctrinaux et jurisprudentiels intervenus avant et depuis l'adhésion par la Suisse à la Convention de la Haye.

Le trust suisse, selon Avant-projet, pourra être constitué pour une durée limitée à 100 ans depuis sa création. L'instrument du trust exigera aussi de ses acteurs de se conformer aux derniers développements en matière de normes de lutte contre le blanchiment d'argent et de lutte contre le terrorisme ainsi qu'aux normes de transparence fiscale auxquelles la Suisse a adhéré.

En notre qualité de praticienne et auteure d'une thèse de doctorat sur « Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale », Université de Neuchâtel, novembre 2000, publiée dans la Collection neuchâteloise des éditions Helbing & Lichtenhahn (ci-après « thèse de doctorat ») et, dans la même veine, de l'ouvrage, intitulé « Le trust, aspects fiscaux », publié chez Helbing & Lichtenhahn, en 2007, nous avons parcouru le Rapport explicatif et l'Avant-projet.

Nous saluons l'intégration du trust dans un titre vingt deuxième bis du code des obligations au travers d'une « fiducie renouvelée », compatible avec les acquis et les derniers développements doctrinaux, législatifs et jurisprudentiels qui ont suivi l'adhésion à la Convention de la Haye par la Suisse.

Nous regrettons, en revanche, vivement que le groupe d'experts n'ait pas saisi l'occasion de ses travaux pour proposer une modification correspondante dans le droit suisse des fondations, notamment, par le biais d'une « revisite » de la fondation de famille avec un élargissement de son but vers une fondation dite d'entretien et une levée de la prohibition

des fidéicommiss de famille tempérée, s'il le fallait, par l'adoption simultanée d'une limite de durée, applicable aux fondations dites d'entretien, à l'instar de la réglementation des 100 ans adoptée pour le trust.

Une « revisite » de la fondation de famille vers l'adoption de la fondation dite d'entretien, élaborée de concert avec l'adoption d'un nouveau titre vingt deuxième bis code des obligations, eût permis d'établir une certaine adéquation entre la structure trustale, notamment le trust irrévocable et discrétionnaire, et le traitement fiscal de ce dernier.

Mis en place en la forme qualifiée d'un acte authentique, constitutif de la personnalité juridique, établi du vivant du constituant ou par acte à cause de mort, et suivi d'une inscription au registre du commerce de nature déclarative, le trust irrévocable et discrétionnaire entrerait dans la catégorie patrimoine organisé ou fondation d'entretien sui generis, doté de la personnalité juridique et réglementé par les dispositions du titre vingt deuxième bis du code des obligations.

En classant le trust irrévocable et discrétionnaire de droit suisse, dans la catégorie patrimoine organisé ou fondation d'entretien sui generis, le trust irrévocable et discrétionnaire, sujet fiscal autonome à l'instar de la fondation d'entretien, pourrait être appréhendé comme tel, fiscalement, demeurent réservés les cas d'évasion fiscale. La résidence en Suisse du constituant, au moment de la constitution du trust, intervivos

ou mortis causae, voire le domicile fiscal en Suisse du single trustee ou de la majorité des trustees pourrait établir le rattachement fiscal à la Suisse, justifiant l'imposition en Suisse du trust irrévocable et discrétionnaire sans que les experts doivent se perdre dans des méandres intellectuels, incompréhensibles et indigestes pour le public « laïc » voire professionnel.

A cet égard nous nous permettons de renvoyer aux suggestions faites dans ma thèse de doctorat, chiffre IV. 4.4, il y a 20 ans, et reprises dans l'ouvrage susmentionné de 2007, sous chapitre 4, §5 : « Le trust, un patrimoine organisé comme sujet fiscal ? ». Nous nous permettons aussi de renvoyer à notre contribution dans IFF Forum für Steuerrecht 2004, p.135ss. « Fiscalisation du trust, regard sur le droit suisse et sur certaines législations fiscales étrangères ».

Une approche législative combinée : nouveau titre vingt deuxième bis du code des obligations : « du trust » et fondation de famille revisitée nous paraissent un préalable indispensable à l'introduction du trust dans le droit suisse. A défaut, le risque est grand de créer une institution juridique hors sol, sans antécédents historiques et jurisprudentiels, très peu compatible avec la pratique. Il serait alors plus opportun de continuer « comme jusqu'ici » et procéder uniquement à une visite du droit des fondations de famille vers une ouverture sur les fondations d'entretien sans qu'il soit nécessaire d'introduire le trust en droit suisse, sa reconnaissance comme institution juridique de droit étranger, valablement établie, étant largement admise de nos jours.



Bundesamt für Justiz BJ
Per Email
zz@bj.admin.ch

Bern, 28. April 2022 sgv-Sc

Vernehmlassungsantwort Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgV über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99,8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Trusts sind Vermögen, die von einem Begründer (Settlor) an einen Treuhänder (Trustee) übergeben werden, damit dieser sie zugunsten von Begünstigten verwaltet, allenfalls unter der Aufsicht eines Protektors. Alle wichtigen Finanzplätze kennen die Institution des Trusts. Die Schweiz bildet eine Ausnahme, obwohl sie seit 2007 ausländischen Trusts anerkennt.

In seiner heutigen Form erlaubt das Schweizer Recht einer in der Schweiz domizilierten Stiftung nicht, regelmässige Ausschüttungen beispielsweise an die Mitglieder einer Familie vorzunehmen, um deren Unterhalt zu sichern. Darüber hinaus gibt es kein Rechtsinstitut, mit dem die Übertragung eines Vermögens über mehrere Generationen hinweg geplant werden kann. Kapitaleinzahlungskonten werden heute zwar behelfsmässig dafür genutzt; sie sind jedoch nicht sehr flexibel. Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass der Trust als Instrument für Nachlassplanung und Vermögensverwaltung ins Schweizer Recht aufgenommen werden sollte. **Grundsätzlich teilt der sgV diese Ansicht.**

Gemäss dem erläuternden Bericht (S. 2) besteht das Ziel der Vorlage darin, «Personen und Unternehmen in der Schweiz ein für den Erhalt ihres Vermögens ein flexibles, zuverlässiges und geeignetes Rechtsvehikel zur Verfügung zu stellen und dem Finanzplatz neue Geschäftsmöglichkeiten zu eröffnen.» Dieses Ziel wird mit sowohl mit einer Änderung des ZGB als auch mit einer der steuerlichen Behandlung des Trusts umgesetzt.

Der sgV befürwortet die vorgeschlagenen Änderungen am ZGB. Der vorgeschlagene Rechtsrahmen berücksichtigt die im Ehe- und Erbrecht geltenden Verfügungsbeschränkungen und stellt so sicher, dass der Begründer die Vermögenswerte nicht zulasten Dritter veräussern kann, z.B. durch eine Pflichtteilsverletzung. Abgesehen davon bietet der vorgelegte Entwurf eine grosse Flexibilität, welche die Verwendung des Trusts in verschiedenen Kontexten ermöglicht: privat oder geschäftlich, zur Sicherheit oder zum Erhalt von Vermögen, zur Vermögensplanung usw. Einzig die Errichtung karitativer Trusts und anderer *purpose trusts* wird ausgeschlossen, um nicht mit der Rechtsform der Stiftung zu

konkurrieren, die einen sehr guten Ruf geniesst und die verschiedene Bedürfnisse in diesem Bereich zu erfüllen scheint.

Der sgv lehnt die vorgeschlagenen steuerliche Behandlung von Trusts ab. Seit 2007 basiert die Besteuerung von Trusts auf einem Kreisschreiben der Schweizerischen Steuerkonferenz. Diese Praxis berücksichtigt sowohl die Anliegen der Veranlagungsbehörden als auch der Steuerzahlenden. Die nun unterbreitete Vorlage will dieses Regime ändern und Trusts wie eine Stiftung besteuern, wenn mindestens ein Begünstigter oder allenfalls der Settlor in der Schweiz ansässig ist. Diese würden zudem neu solidarisch für die Steuer haften. Das widerspricht der dem Trust zu Grunde liegende Idee, dass Vermögen und Erträge dem Trust gehören. Selbst der erläuternde Bericht gibt zu, dass diese Lösung zu einer Verschlechterung der Situation führt und die Schweiz als Standort für Trusts weniger attraktiv macht (vgl. erläuternder Bericht, S. 83). Damit gibt der Bericht zu, dass mit den Änderungen an der steuerlichen Behandlung die vom Bundesrat gesetzten Ziele der Vorlage nicht erreicht werden können. Die als Ergebnis der vorgeschlagenen Lösung entstehende Behandlung des Trusts wie Stiftungen läuft somit auf eine dreifache Besteuerung aus: Erbschafts- oder Schenkungssteuer bei der Gründung, Gewinnsteuer innerhalb Vermögensverwaltung und Einkommenssteuer bei einer Ausschüttung – selbst bei der Ausschüttung des Startkapitals. Anstatt «neue Geschäftsmöglichkeiten» zu eröffnen, würde eine solche steuerliche Behandlung die Attraktivität der Vorlage zunichtemachen und in der Schweiz ansässigen Trusts, Trustees, Begründer und Begünstigte vertreiben, was zu einem Verlust an Wertschöpfung und Steuereinnahmen führen würde.

Insgesamt fordert der sgv die Einführung des Rechtsinstituts des Trusts über eine Änderung des ZGB unter Beibehaltung des geltenden steuerlichen Regimes für ausländische Trusts und seine Ausweitung auf die neu zu etablierenden Inländischen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, e. Nationalrat



Henrique Schneider
stellvertretender Direktor



Schweizer Notarenverband
Fédération Suisse des Notaires
Federazione Svizzera dei Notai

Schwanengasse 5/7 Postfach
CH-3001 Bern
T 031 326 51 90

www.snv-fsn.ch
info@snv-fsn.ch

Generalsekretär Oliver Reinhardt
T 031 326 51 84
oliver.reinhardt@snv-fsn.ch

Per E-Mail:

egba@bj.admin.ch

Eigenössisches Justiz- und
Polizeidepartement

Bern, 28. April 2022

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts – Einführung des Trusts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihre Einladung, zur Änderung des Obligationenrechts betreffend die Einführung des Trusts Stellung zu nehmen. Gerne reichen wir Ihnen dazu die nachfolgende Vernehmlassung ein.

1. Vorbemerkungen / Allgemeines

Der Schweizer Notarenverband ("SNV") ist der Berufsverband der Notarinnen und Notare in der Schweiz und umfasst nebst Einzelmitgliedern 14 kantonale Berufsverbände. Der SNV setzt sich für das Notariat in der Schweiz ein, unabhängig davon, ob das Notariat in den einzelnen Kantonen als Amts- oder frei-berufliches Notariat ausgestaltet ist.

Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens werden ausländische Trusts in der Schweiz anerkannt. Das Schweizer Recht kennt jedoch bislang kein eigenes Trustrecht: Wer aktuell in der Schweiz einen Trust errichten will, ist gezwungen, dafür auf ein Konstrukt nach ausländischem Recht zurückzugreifen. Trotzdem ist der Trust in der

Schweiz verbreitet und spielt in der Rechts- und Wirtschaftsrealität eine wichtige Rolle. Folglich erfreut sich der Trust vor allem bei (vermögenden) Personen der Beliebtheit, die selbst über Bezüge und Beziehungen zum Ausland verfügen. Bei der Schweizer Bevölkerung ohne Auslandsbezug ist der Trust hingegen kaum bekannt.

Bei der Beratungstätigkeit sind Urkundspersonen immer wieder mit der Frage konfrontiert, welche Möglichkeiten bestehen, Vermögen den Nachkommen oder anderen nahestehenden Personen zukommen zu lassen. Häufig besteht der Wunsch, Vermögen mit der Familie (allenfalls über mehrere Generationen) zu verknüpfen oder sicherzustellen, dass bestimmte Vermögenswerte in der Familie bleiben.

Die Möglichkeiten in diesem Bereich sind nach geltendem Recht beschränkt: Denkbar ist die Einsetzung von Vor- und Nacherben, wobei es unzulässig ist, den Nacherben Verpflichtungen zur Weiterübertragung der Nacherbschaft aufzuerlegen (Art. 488 Abs. 2 ZGB). Weiter besteht die Möglichkeit, Erben mit Auflagen zu belasten, wonach bestimmten Personen (z.B. Grosskindern) bestimmte Vermögenswerte als Vermächtnis, allenfalls zu einem bestimmten Zweck, erhalten sollen (Art. 484 ZGB). Schliesslich besteht die Option, eine Familienstiftung zwecks Bestreitung von Erziehungskosten, Ausstattungskosten, Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken zu errichten (Art. 335 Abs. 1 ZGB). Familienunterhaltsstiftungen ohne Verknüpfung der Unterstützungsleistungen mit bestimmten Lebenslagen sind jedoch unzulässig (sog. Familienfidekommissen, Art. 335 Abs. 2 ZGB).

Die Schaffung eines Schweizer Trusts, mit welchem einem mehr oder weniger bestimmten Personenkreis Leistungen ausgerichtet werden können, entspricht zusammenfassend einem immer wieder anzutreffenden Bedürfnis, für welches es nach geltendem Recht nur beschränkte rechtliche Lösungsansätze gibt. Daher begrüsst der SNV den Grundsatz, im Schweizer Recht eine gesetzliche Grundlage für den Trust zu schaffen: Der Trust eröffnet neue Möglichkeiten für die Nachlass- und Vermögensplanung. Die Gesetzesänderung verhindert zudem, dass in der Schweiz ansässige Personen auf Konstrukte des ausländischen Rechts zurückgreifen müssen. Darüber hinaus entspricht die Einführung des Trusts einem internationalen Trend. Zwecks Erhaltung der Standortattraktivität der Schweiz ist eine Regelung des Trusts im Schweizer Recht somit erstrebenswert. Zu begrüssen ist auch die neu beabsichtigte, ausdrückliche gesetzliche Regelung der steuerrechtlichen Behandlung des Trusts.

Hingegen wirft die Einführung eines materiellen Trustrechts die Frage auf, ob das Verbot der Familienfidekommissen (Familienunterhaltsstiftungen) gemäss Art. 335 Abs. 2 ZGB weiterhin gerechtfertigt ist. Gerade dieses Verbot führte in der Vergangenheit dazu, dass bei Nachlassplanungen oft auf Liechtensteinische Stiftungen oder Trusts «ausgewichen» wurde. Anders als der Trust war aber die Familienfidekommission vor Inkrafttreten des ZGB in vielen Kantonen ein bekanntes und verbreitetes Rechtsinstitut. Da mit einem Trust nun ähnliche oder gar gleiche Rechtswirkungen wie bei einer reinen (Familien-)Unterhaltsstiftung herbeigeführt werden können, erscheint uns das Verbot von Art. 335 Abs. 2 ZGB obsolet. Entsprechend sollte der gesamte Art. 335 ZGB im Rahmen der Einführung des Trusts revidiert werden.

Danebst weist die Gesetzesvorlage gewisse Schwachpunkte auf. Insbesondere bestehen an verschiedenen Stellen Widersprüche zu Grundsätzen der geltenden Schweizer Rechtsordnung, die es soweit möglich im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und der Förderung der Rechtssicherheit zu beheben gilt. Darauf wird in der Folge vertieft eingegangen.

2. Änderungen im Obligationenrecht und im Zivilgesetzbuch

2.1. Art. 529a Abs. 2 VE-OR

Gemäss Art. 529a Abs. 2 VE-OR kann der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden.

Zwar ist es nach ausländischem Recht regelmässig zulässig, einen Trust durch schriftliche Willenserklärung zu errichten. Der SNV ist jedoch der Auffassung, dass die einfache Schriftlichkeit als Formvorschrift den Rechtsaufklärungsbedürfnissen der Begründer bzw. Begründerinnen von Trusts, dem Bedürfnis der Beteiligten nach Rechtssicherheit und der Komplexität des Trustrechts nicht genügend Rechnung trägt.

Die Errichtung eines derart komplexen Rechtstituts, welches zudem im bisherigen Schweizer Rechtsverständnis nicht verankert ist, mit seinen im Falle des unwiderrufbaren Trusts (*irrevocable trust*) weitreichenden Rechtsfolgen für das Vermögen des Begründers bzw. der Begründerin bedarf unseres Erachtens klar der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung.

Damit kann insbesondere gewährleistet werden, dass:

- die Trusturkunde den notwendigen Inhalt aufweist (Ziffer 2.2.1 hiernach) und sich der Begründer bzw. die Begründerin der weitreichenden Folgen eines Trusts für sein bzw. ihr Vermögen bewusst ist, insbesondere auch hinsichtlich der Steuerfolgen (Rechtsaufklärung);
- dem tatsächlichen Willen des Begründers bzw. der Begründerin durch präzise Umschreibung der Art des Trusts, des zugewidmeten Trustvermögens, der Begünstigten, des Zwecks der Leistungen und der Pflichten des Trustees Ausdruck verliehen wird;
- die Trusturkunde sicher aufbewahrt wird;
- im Hinblick auf die Tragweite der Trustbegründung für die Rechte von Drittpersonen (Ziffer 2.2.4 hiernach) und das Missbrauchspotential des Trusts (Ziffer 2.8 hiernach) mit der öffentlichen Urkunde ein verlässliches Beweismittel für die Trusterrichtung besteht (Art. 9 ZGB).

Des Weiteren sind bei der Errichtung des Trusts durch den Begründer bzw. die Begründerin die Ansprüche von Ehegatten, (pflichtteilgeschützten) Erben und Gläubigern zu berücksichtigen, worauf unten noch vertieft eingegangen wird (Ziffer 2.2.4 hiernach).

Ohne die notwendige Rechtsaufklärung und Beratung durch eine unabhängige Urkundsperson, wird ein Laie kaum in der Lage sein, die Auswirkungen auf diese Ansprüche und die möglichen Folgen der Verletzung dieser Ansprüche vollständig zu überblicken.

Die Begleitung des Geschäfts durch eine Urkundsperson führt zu einer höheren Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Analog dem Stiftungsrecht und im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist daher für die Begründung des Trusts zu Lebzeiten des Begründers bzw. der Begründerin die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung vorzusehen.

2.2. Art. 529b VE-OR / Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB

2.2.1. Abs. 1

In der Trusturkunde erklärt der Begründer bzw. die Begründerin, Vermögenswerte einem Trust zuzuwidmen, bezeichnet den Trustee und die Begünstigten und erlässt die Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts (Art. 529b Abs. 1 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats handelt es sich bei den in Art. 529b Abs. 1 VE-OR erwähnten Inhalten um absolut unerlässliche (Mindest-)Inhalte. Ohne sie kommt die Trusturkunde nicht zustande (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 88). Die Trusturkunde muss in diesem Fall durch eine nachträgliche Urkunde ergänzt werden (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 88).

Mit der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung und der damit zusammenhängenden Beratung einer Urkundsperson hinsichtlich des zwingenden Mindestinhalts der Trusturkunde kann sichergestellt werden, dass die Trusturkunde gültig zustande kommt und kein "hinkendes Rechtsverhältnis" entsteht. Andernfalls besteht das Risiko, dass der Trust gar nicht errichtet werden kann oder dass unklar ist, ob die notwendigen Anordnungen getroffen wurden oder nicht, was der Rechtssicherheit für die Beteiligten abträglich ist.

2.2.2. Abs. 2

Gemäss Art. 529b Abs. 2 VE-OR kann der Begründer bzw. die Begründerin bei der Errichtung des Trusts durch Verfügung von Todes wegen auf die Bezeichnung eines Trustees in der Trusturkunde verzichten. In diesem Fall kann jede interessierte Person beim Gericht die Bezeichnung des Trustees verlangen.

Wir sehen darin eine Verletzung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit. Nach diesem Prinzip ist der massgebliche Inhalt einer Verfügung von Todes wegen durch die verfügende Person selbst festzulegen und eine Delegation an einen Dritten ist unzulässig. Es ist aufgrund des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit beispielsweise auch unzulässig, die Ernennung eines Willensvollstreckers bzw. einer Willensvollstreckerin an eine Drittperson zu delegieren. Jener bzw. jene muss durch die verfügende Person selbst benannt werden.

Es ist nicht ersichtlich, wieso im Falle des Trustees von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte (Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung). Demnach muss auch für die Einsetzung des Trustees gelten, dass dieser oder diese durch die verfügende Person selbst zu benennen ist.

Dem Umstand, dass der bezeichnete Trustee bis zum Tod des Begründers bzw. der Begründerin bereits vorverstorben sein könnte, kann durch die Bezeichnung eines oder mehrerer Ersatz-Trustees (Ersatzverfügung) oder durch Bezeichnung einer juristischen Person als Trustee begegnet werden. Auch von daher sieht der SNV keine zwingende Notwendigkeit, vom Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit im Bereich des Trustrechts abzuweichen.

2.2.3. Abs. 5

Der Trust wird rechtswirksam, wenn der Trustee seiner Ernennung schriftlich zugestimmt hat und er oder sie die zugewidmeten Vermögenswerte erworben hat (Art. 529b Abs. 5 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats erfolgt die Übertragung des Eigentums an den Vermögenswerten nach den Modalitäten des Sachenrechts (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 89). In

Bezug auf Grundstücke bedeutet dies, dass das Eigentum durch Eintragung im Grundbuch übergeht (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung von Grundeigentum ist in der Regel öffentlich zu beurkunden (Art. 657 Abs. 1 ZGB). In Abweichung davon kann bei der Errichtung eines Trusts in der Trusturkunde das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstückübertragung einfach schriftlich erfolgen. Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats müssen die dem Trust zugewidmeten Vermögenswerte nicht einmal zwingend in der Trusturkunde bezeichnet werden und es genügt zur Identifikation der Vermögenswerte deren Übertragung auf den Trustee (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 90). Es bedarf demnach nicht einmal einer genauen Bezeichnung des Grundstücks in einem schriftlichen Verpflichtungsgeschäft, sondern es genügt das blosser Verfügungsgeschäft (Grundbuchanmeldung).

Diese Regelung steht im Widerspruch zur schweizerischen Rechtsordnung, die für die Übertragung von Grundeigentum eine *causa*, ein Verpflichtungsgeschäft, erfordert. Allein der Umstand, dass im ausländischen Recht in der Regel keine zwingende Bezeichnung der Vermögenswerte in der Trusturkunde verlangt wird (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 90), stellt keinen genügenden sachlichen Grund für die im Vorentwurf vorgesehene Regelung dar.

Mit einem solchen Verfahren würden zudem die mit dem zugewidmeten Vermögenswert verbundenen Schulden (insbesondere Hypotheken) nicht auch an den Trust übergehen. Ein derartiges Potential für eine Gläubigerbenachteiligung lehnen wir ab.

Wir sind daher der Auffassung, dass die zu übertragenden Vermögenswerte, mindestens die Grundstücke, in der Trusturkunde genau zu bezeichnen sind. Für das Verpflichtungsgeschäft (die Trusturkunde) sollte auch aus diesem Grund die öffentliche Beurkundung vorgesehen werden, so wie dies mit wenigen Ausnahmen auch für die übrigen Verpflichtungsgeschäfte betreffend die Übertragung von Grundeigentum der Fall ist.

2.2.4. Abs. 6 / Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB

Bei der Errichtung des Trusts bleiben die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger, des Ehegatten oder der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners sowie der Erb:innen des Begründers bzw. der Begründerin vorbehalten (Art. 529 Abs. 6 VE-OR). Der Erblasser bzw. die Erblasserin ist nur befugt, mit dem verfügbaren Teil seines bzw. ihres Vermögens einen Trust zu errichten (Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB).

Die Übertragung von Vermögenswerten auf einen Trust beinhaltet das immanente Risiko der Verletzung von Ansprüchen von Gläubiger:innen, Ehegatten und eingetragenen Partner:innen sowie von (pflichtteilsgeschützten) Erb:innen. In der Regel dürfte es zwar nicht der Wunsch des Begründers bzw. der Begründerin sein, durch die Trusterrichtung Konflikte und Rechtsstreitigkeiten zwischen den Begünstigten des Trusts und Dritten zu provozieren. Ohne die Beratung durch eine Fachperson kann sich der Laie aber unter Umständen keine vollständige Übersicht über die betroffenen Ansprüche sowie mögliche Risiken und Folgen im Zusammenhang mit der Trusterrichtung verschaffen.

Durch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung ist gewährleistet, dass der Inhalt der Trusturkunde durch eine Urkundsperson geprüft wird und der Begründer bzw. die Begründerin über mögliche Konflikte der Trusterrichtung mit Ansprüchen von Drittpersonen aufgeklärt wird. Auf diese Weise wird vor der Trusterrichtung geklärt, welcher Teil des Vermögens des Begründers bzw. der

Begründerin überhaupt verfügbar ist und der Begründer bzw. die Begründerin kann auf mögliche Pflichtteilsverletzungen durch die Trusterrichtung im Voraus hingewiesen werden. Die Sicherstellung einer Beratung durch eine Urkundsperson vor Begründung eines Trusts ist somit im Interesse des Rechtsfriedens unter sämtlichen Betroffenen.

2.3. Art. 529c Abs. 1 VE-OR

Die Trusturkunde bezeichnet den oder die Begünstigten namentlich oder durch eine besondere Verbindung zum Begründer bzw. zur Begründerin oder zu einer anderen Person oder anhand anderer Kriterien, die es erlauben, die Eigenschaft als Begünstigter oder Begünstigte im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung zu bestimmen (Art. 529c Abs. 1 VE-OR).

Vor allem bei blosser Umschreibung der Begünstigten anhand von ihrer Verbindung zum Begründer bzw. zur Begründerin oder anhand anderer Kriterien ist eine klare und präzise Redaktion der Trusturkunde erforderlich. Die Begleitung des Begründers oder der Begründerin durch eine Urkundsperson bei der Errichtung eines Trusts stellt sicher, dass die Begünstigten hinreichend klar bezeichnet oder umschrieben werden. Laien hingegen fehlt oftmals die notwendige (fachliche) Erfahrung zur Beurteilung, ob eine Umschreibung genügend klar und präzise ist.

2.4. Art. 529d VE-OR / Art. 529e VE-OR / 529f VE-OR

Der Vorentwurf sieht gemäss diesen Bestimmungen eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten für den Trust vor: Sollen die Begünstigten über konkrete Ansprüche auf Leistungen oder lediglich Anwartschaften verfügen? Welche Befugnisse behält sich der Begründer oder die Begründerin vor? Soll ein Protektor eingesetzt werden und falls ja, mit welchen Befugnissen? Dies sind nur einige der sich stellenden Fragen.

Unseres Erachtens sind diese Regelungsmöglichkeiten zu vielfältig und zu komplex, als dass deren Verständnis und deren Ausschöpfung durch einen Laien in einer einfach schriftlich errichteten Trusturkunde realistisch sind. Daher ist eine rechtliche Beratung durch eine juristische Fachperson erstrebenswert. Der Beizug einer Urkundsperson stellt sicher, dass der Begründer bzw. die Begründerin die rechtlichen Regelungsmöglichkeiten effektiv verstehen, deren Vor- und Nachteile abwägen und diese auch effektiv ausschöpfen kann. Damit wäre einerseits das Bedürfnis des Begründers bzw. der Begründerin nach Rechtsaufklärung erfüllt und andererseits gewährleistet, dass der tatsächliche Wille des Begründers bzw. der Begründerin in der Trusturkunde auch wirklich zum Tragen kommt.

2.5. Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR

Sind mehrere Trustees vorhanden, sind sie gemeinschaftlich Träger des Trustvermögens (Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats sind die Trustees Miteigentümer:innen des gesamten Trustvermögens (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 94). Sie treffen Entscheidungen einstimmig, sofern die Trustbestimmungen nichts anderes vorsehen (Art. 529g Abs. 5 Ziffer 2 VE-OR). Wenn ein Co-Trustee aus dem Amt ausscheidet, verliert sie bzw. er den Anteil an der Gemeinschaft, was zu einer Erhöhung des Anteils der verbleibenden Co-Trustees führt (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 94). Wenn ein neuer Co-Trustee ihr bzw. sein Amt antritt,

wird sie bzw. er ebenfalls Mitglied der Gemeinschaft der Trustees. Gehören zum Trustvermögen Immobilien, muss die Änderung der Gemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden, wobei die Eintragung nur deklaratorisch ist (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 94).

Miteigentümer:innen können grundsätzlich frei über ihren Miteigentumsanteil verfügen (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Nur die Verfügung über die gesamte Sache bedarf der Zustimmung aller Miteigentümer:innen (Art. 648 Abs. 2 ZGB). Aufgrund der geplanten gesetzlichen Konzeption im Vorentwurf, wonach Co-Trustees „gemeinschaftlich Träger des Trustvermögens“ sind, grundsätzlich einstimmig Entscheidungen treffen und das Trustvermögen bei Ein- und Austritten den verbleibenden Trustees anwächst bzw. teilweise auf neue Trustees übergeht, wäre die Annahme von Gesamteigentum unter den Co-Trustees naheliegender als Miteigentum (Art. 652 ZGB). In diesem Fall wäre noch klarzustellen, ob das Gesamteigentum gestützt auf eine einfache Gesellschaft besteht oder ob es sich um ein neues Rechtsverhältnis handelt, das Gesamteigentum begründet.

Sollen die Co-Trustees trotz dem Widerspruch zur gesetzlichen Konzeption im Entwurf doch über Miteigentum verfügen, sollte dies in der Revisionsvorlage ausdrücklich geregelt werden, um darüber Klarheit zu schaffen. Der Hinweis, dass mehrere Trustees Miteigentum am Trustvermögen haben, könnte beispielsweise in Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR oder in Art. 529l VE-OR ergänzt werden.

2.6. Art. 529j Abs. 6 VE-OR

Es ist nicht ersichtlich, wieso der Trustee nach Beendigung seiner Funktion die Belege nur während fünf Jahren aufbewahren muss. Analog Art. 958f Abs. 1 OR sollte die Aufbewahrungspflicht während zehn Jahren bestehen.

2.7. Art. 529m VE-OR / Art. 962b VE-ZGB

Bei Trustvermögen, das in einem öffentlichen Register eingetragen ist, ist auf das Trustverhältnis durch eine Anmerkung hinzuweisen. Andernfalls ist ein nicht angemerktes Trustverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam (Art. 529m VE-OR; siehe auch Art. 962b VE-ZGB). Wird das Trustverhältnis in dem Register nicht angemerkt, wird davon ausgegangen, dass es zum persönlichen Vermögen der Trustees gehört (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 102).

Anmerkungen dienen dazu, private und öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse offenkundig zu machen. Die Anmerkung hat aber keine konstitutive Wirkung und untersteht nicht der negativen Rechtskraft des Grundbuchs. Rechtsverhältnisse, Eigentums- und Verfügungsbeschränkungen können unabhängig von ihrer Anmerkung bestehen. Anmerkungen nehmen somit am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teil.

Art. 529m VE-OR bzw. Art. 962b Abs. 2 VE-ZGB, die vorsehen, dass ein nicht angemerktes Trustverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam ist, stehen im Widerspruch zum herrschenden Verständnis von Anmerkungen im Grundbuch. Dementsprechend sollten der zweite Satz von Art. 529m VE-OR sowie Absatz 2 von Art. 962b VE-ZGB gelöscht werden.

Des Weiteren ist eine „Anmerkung“ des Trustverhältnisses unseres Erachtens nur im Grundbuch möglich, insbesondere das Handelsregister kennt dieses Institut nicht. Es ist daher zu präzisieren, in welchen öffentlichen Registern und auf welche Weise genau ein Hinweis auf ein bestehendes Trustverhältnis erfolgen soll.

2.8. Art. 529n VE-OR

Da durch die Errichtung eines Trusts ein Sondervermögen begründet wird, besteht das Risiko der Benachteiligung von Gläubiger:innen. Zwar werden deren Rechte in Art. 529b Abs. 6 VE-OR vorbehalten. Allerdings ist die Durchsetzung von Ansprüchen, insbesondere die Anfechtung von Vermögensübertragungen an einen Trust, in der Regel mit hohen Rechtsdurchsetzungskosten und folglich grossen Hürden verbunden.

Wenn die Begründung eines Trusts zu Lebzeiten nur in öffentlicher Urkunde möglich wäre, würde immerhin in Bezug auf die Frage des Zeitpunkts der Trusterrichtung Beweis- und Rechtssicherheit bestehen und könnte das Missbrauchspotential des Trusts etwas verringert werden.

2.9. Art. 529s VE-OR

2.9.1. Abs. 3

Ein neuer Trustee oder Protektor wird nach Massgabe der Bestimmungen der Trusturkunde oder, wenn sie keine Regelung enthalten, durch das Gericht bestimmt (Art. 529s Abs. 3 VE-OR). Die Trusturkunde muss somit nicht festlegen, nach welchen Modalitäten ein neuer Trustee bestimmt wird.

Angeichts der Maximaldauer des Trusts von 100 Jahren sollten nach Auffassung des SNV die Modalitäten der Ernennung von Nachfolge-Trustees in der Trusturkunde zwingend enthalten sein müssen. Um die Regelung eines solchen zwingenden Inhalts sicherzustellen, wäre wiederum die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung angezeigt.

2.9.2. Abs. 4

Die Übertragung des Trustvermögens bedarf eines schriftlichen Vertrags zwischen dem alten und dem neuen Trustee, wobei die Übernahme nach Art. 181 OR erfolgen kann und das Fusionsgesetz als nicht anwendbar erklärt wird (Art. 529s Abs. 4 VE-OR).

Die Transaktionen gemäss Fusionsgesetz stehen grundsätzlich nur Gesellschaften mit einem Handelsregistereintrag zur Verfügung (Art. 181 Abs. 4 OR e contrario). Der Trust verfügt über keine Rechtspersönlichkeit und wird nicht im Handelsregister eingetragen, demnach ist es nachvollziehbar, dass zu dessen Übertragung die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes ausgeschlossen sein soll.

Beim Trustee, der Eigentümer des Trustvermögens ist, kann es sich jedoch um eine natürliche oder eine juristische Person handeln. Im Falle von juristischen Personen als Trustees könnte daher die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes in Betracht gezogen werden, wenn ein Handelsregistereintrag besteht. Angesichts der zur erwartenden Grösse von Trustvermögen, ist eine Übertragung nach Art. 181 OR umständlich und den Verhältnissen unangemessen, zumal die Übertragung bei den Aktiven durch Singularsukzession erfolgen muss. Es wäre daher angezeigt, zumindest im Falle von juristischen Personen als Trustee beim Vorhandensein eines Handelsregistereintrags die Übertragung des Trustvermögens gestützt auf das Fusionsgesetz als Universalsukzession zuzulassen.

Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats gelangt beim Tod des bisherigen Trustees, für den Fall, dass kein Co-Trustee vorhanden ist, das Trustvermögen mittels Universalsukzession an den neuen Trustee (vgl. Art. 529s

Abs. 4 Satz 3 VE-OR; erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 106). Das Trustvermögen fällt nicht in den Nachlass bzw. an die Erben des Trustees (Art. 529n Abs. 1 VE-OR). Enthält die Trusturkunde keine Bestimmungen, nach welchen der neue Trustee zu bestimmen ist, so hat das Gericht diesen bzw. diese zu ernennen. Dieses Gerichtsverfahren wird gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Es ist fraglich, was mit dem Trustvermögen in der Zwischenzeit passiert. Bis der neue Trustee feststeht, verfügt das Trustvermögen über keinen Eigentümer bzw. keine Eigentümerin; es befindet sich demnach in einer Art Schwebezustand. Niemand ist in dieser Phase für das Trustvermögen verantwortlich und niemand kann für das Trustvermögen (falls nötig) handeln.

Auch hier können durch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung Komplikationen vermieden werden. Die Urkundsperson, die sich der Problematik bewusst sein muss, kann die notwendigen Bestimmungen zur Ernennung des neuen Trustees in der Urkunde vorsehen und so würde der Schwebezustand vermieden oder zumindest zeitlich verkürzt. Zudem würde sich die Universalsukzession an den neuen Trustee aus einer öffentlichen Urkunde ergeben. Andernfalls erfolgt die Universalsukzession auf Grundlage einer (möglicherweise unklaren und auslegungsbedürftigen) schriftlichen Erklärung. Auch hier bietet die öffentliche Beurkundung somit für alle Betroffenen eine höhere Rechtssicherheit.

Zwar muss der Trustee bei der Errichtung des Trusts ein Inventar der Aktiven und Passiven des Trustvermögens erstellen (Art. 529h Abs. 2 Ziffer 2 VE-OR). Da der Trust aber eine Maximaldauer von 100 Jahren aufweist (Art. 529u Abs. 1 VE-OR), kann die Zuordnung der Vermögenswerte zum Trust bzw. zum Vermögen des Trustees unter Umständen mit der Zeit unübersichtlich werden. Daher sollte erwogen werden, im Falle des Todes eines Trustees analog zu Art. 490 Abs. 1 ZGB die Aufnahme eines Sicherungsinventars im Sinne von Art. 553 ZGB durch die zuständige Behörde vorzusehen. Auf diese Weise könnte die Zuordnung der Vermögenswerte zum Nachlass bzw. zum Trustvermögen für die Beteiligten eindeutig geklärt werden.

2.10. Art. 529t VE-OR

2.10.1. Abs. 1

Für den Fall, dass ein *Irrevocable Discretionary Trust* in einer letztwilligen Verfügung errichtet wird, sehen wir in Art. 529t Abs. 1 VE-OR wiederum einen Widerspruch zum Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit (vgl. Ziffer 2.2.2 hiavor). Der Begründer bzw. die Begründerin des Trusts kann nach diesem Grundsatz keine massgeblichen Entscheide über die Trustbestimmungen an einen Dritten delegieren. Der Begründer bzw. die Begründerin kann demnach dem Trustee oder dem Protektor nicht die Befugnis einräumen, die Begünstigten nach ihrem Belieben zu ändern.

2.10.2. Abs. 2

Für den Fall, dass für die Errichtung des Trusts die öffentliche Beurkundung vorgesehen würde, müsste dies konsequenterweise auch für die Änderungen gelten.

2.11. Art. 529u VE-OR

Endet der Trust, so werden die Verbindlichkeiten beglichen und das verbleibende Trustvermögen wird umgehend nach Massgabe der Trusturkunde verteilt (Art. 529u Abs. 3 VE-OR). Die Gesetzesbestimmung enthält keinen Hinweis darauf, was mit dem Trustvermögen passiert, wenn entsprechende Anordnungen des Begründers bzw. der Begründerin in der Trusturkunde fehlen.

Art. 57 Abs. 1 ZGB, der die Verteilung des Vermögens von juristischen Personen bei deren Auflösung regelt, ist mangels Rechtspersönlichkeit des Trusts nicht auf den Trust anwendbar. Es stellt sich höchstens die Frage, ob diese Bestimmung analog beizuziehen wäre, womit das Trustvermögen an das Gemeinwesen fallen würde.

Nach dem erläuternden Bericht des Bundesrats ist in einem solchen Fall der Trustee befugt, über die Verteilung des Trustvermögens zu entscheiden. Er oder sie muss dabei die Interessen der Begünstigten wahren (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 108). Nach Auffassung des SNV sollte diese Kompetenz des Trustees in Art. 529u Abs. 3 VE-OR explizit geregelt werden.

2.12. Art. 529v Abs. 1 VE-OR

Der Trust kann die Rechte von Ehegatten, (pflichtteilsgeschützten) Erb:innen und von Gläubiger:innen berühren und verletzen. Somit können auch diese Kategorien von Personen ein Interesse haben, Klarheit über die Tragweite der Rechte und Pflichten des Begründers bzw. der Begründerin, des Trustees oder des Protektors zu erhalten. Diesen Drittpersonen sollte die Möglichkeit ebenfalls offenstehen, das Gericht um Beurteilung der Übereinstimmung einer vorgesehenen Handlung mit der Trusturkunde und dem Gesetz zu ersuchen.

3. **Änderungen im Steuerrecht**

Wie eingangs bereits erwähnt, begrüsst der SNV die gesetzliche Regelung des Trusts nicht zuletzt auch deshalb, weil dessen bisherige steuerrechtliche Behandlung auf der Grundlage von Kreisschreiben und somit ohne genügende gesetzliche Grundlage erfolgte (Art. 127 Abs. 1 BV).

Nach dem Vorentwurf sollen unwiderrufliche Trusts ohne feste Ansprüche (*Irrevocable Discretionary Trust*) für laufende Einkommen und Vermögen analog den Stiftungen mit einer Gewinn- und Kapitalsteuer besteuert werden. Analog dem Stiftungsrecht sind die Leistungen des Trusts an die Begünstigten als Einkommen zu versteuern und unterliegen nicht der Schenkungssteuer.

Da es sich beim Trust wie bei der Stiftung um ein Sondervermögen – jedoch ohne Rechtspersönlichkeit – handelt, macht eine Regelung analog der Stiftung unseres Erachtens Sinn. Die Besteuerung des Begründers bzw. der Begründerin für laufende Einkommen und Vermögen erscheint aufgrund der definitiven Veräusserung des Trustvermögens ebenso unangemessen wie die Besteuerung der Begünstigten, die beim unwiderruflichen Trust erst mit Anwartschaften ausgestattet sind, aber noch über keine gefestigten Ansprüche verfügen. Um eine Steuerlücke zu verhindern und im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung, ist daher eine Besteuerung des Trusts analog der Stiftung angezeigt (auch wenn der Trust nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt).

Einziger Vorbehalt gegenüber der geplanten Neuregelung bleibt somit der Umstand, dass sich die langjährige Praxis gestützt auf die Kreisschreiben bewährt

hat und eine Abkehr von den dort geregelten Prinzipien für den unwiderruflichen Trust ohne feste Ansprüche nicht zwingend angezeigt ist. Auf keinem Fall sollten durch eine Änderung der bisherigen Praxis gemäss Kreisschreiben die Rechtssicherheit und die Attraktivität des Rechtsinstituts Trust gemindert werden.

Nochmals danken wir Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und hoffen, dass Sie unsere Bemerkungen berücksichtigen werden.

Freundliche Grüsse

Schweizer Notarenverband

Oliver Reinhardt

Generalsekretär

Par e-mail (zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève, le 29 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la procédure de consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

Nous vous remercions de l'opportunité donnée à l'Association STEP Geneva (ci-après « STEP ») de participer à cette consultation et de prendre position sur ce sujet d'une grande importance pour STEP et pour ses membres.

I. Sommaire

STEP soutient le principe de l'introduction du trust dans le droit civil suisse, à savoir la codification de cette institution telle que proposée dans le Code des Obligations, à condition que le volet fiscal du projet soit abandonné dans son entier et que les règles actuelles d'imposition en matière de trusts soient maintenues (Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts et Circulaire no 20 du 27 mars 2008 de l'Administration fédérale des contributions).

STEP rejette vigoureusement la codification proposée sur le plan fiscal, qui est néfaste non seulement pour l'industrie des trusts, mais aussi pour l'attractivité de la Suisse en général.

Si le volet fiscal devait être maintenu, STEP rejetterait le projet dans son intégralité.

A notre connaissance, notre position est partagée par plusieurs autres organisations, notamment la Swiss Association of Trust Companies (SATC), qui ont également prévu de soumettre des prises de position dans ce sens.

II. Dispositions fiscales

STEP rejette clairement les dispositions fiscales du projet, en particulier celles concernant l'imposition des trusts discrétionnaires et irrévocables (de loin la forme la plus fréquente en pratique), qui sont mal conçues, superflues et potentiellement dangereuses. La proposition contenue dans le projet d'imposer les trusts discrétionnaires et irrévocables comme des

fondations n'est pas admissible dans le cadre légal et notamment constitutionnel existant. Elle est aussi irréaliste et impossible à mettre en pratique.

A l'appui de sa position, STEP invoque les arguments suivants :

1. De l'aveu même du Conseil fédéral (ch. 5.1.4.5 du rapport explicatif, p. 80), l'Option 1 retenue est - avec l'Option 2 - la moins favorable des 7 variantes examinées en ce qui concerne l'attractivité de la Suisse en tant que place financière, ce qui contredit de manière directe l'un des objectifs principaux du projet (ch. 1.2.3.2 du rapport explicatif, p. 27).
2. L'Option 1 rend aussi la Suisse très peu attrayante pour les personnes qui envisagent de s'y établir pour quelque temps, par exemple des personnes fortunées intéressées par le système d'imposition selon la dépense, mais aussi un cadre d'une société multinationale détaché en Suisse pour deux ou trois ans, voire même un étudiant qui souhaite venir étudier en Suisse pour une année ou deux, qui se trouvent être bénéficiaires d'un trust familial sans autre lien avec la Suisse. Un tel trust se verrait soudain imposé dans notre pays du seul fait de la présence de ce bénéficiaire unique, et ce même si aucune distribution n'est reçue durant le séjour en Suisse.
3. Ainsi qu'il est mentionné dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.5, p. 81), l'Option 1 résulte en une potentielle triple imposition: lors de la constitution du trust (impôts cantonaux de succession/donation), annuellement sur les revenus et la fortune du trust (impôts sur le bénéfice et sur le capital selon le régime de la fondation) et lors d'une distribution (impôt sur le revenu). Un traitement fiscal aussi défavorable aura automatiquement pour effet de rendre ce type de trust, par ailleurs très fréquent en pratique, complètement inintéressant.
4. Bien que le projet prévoie des dispositions transitoires pour les trusts existants, il rend aussi la Suisse moins attrayante pour les étrangers imposés selon la dépense qui s'y trouvent déjà: les nouvelles règles - très défavorables comme on l'a vu - s'appliqueront à tout nouveau trust que ces personnes pourraient créer et pourraient même s'appliquer à des trusts existants si de nouveaux actifs étaient apportés à ces derniers après l'entrée en vigueur des règles en question.
5. En prétendant imposer un trust comme une personne morale - ce que le trust n'est clairement pas - l'Option 1 est aussi contraire à la Constitution (cf. art. 128 par. 1 let. b de la Constitution). Pour qu'une telle solution soit admissible, il faudrait une modification préalable de la Constitution.
6. L'Option 1 restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines de la fiscalité qui sont en majorité de leur ressort : les impôts de succession et de donations, l'impôt sur la fortune et l'imposition selon la dépense. Elle déplace aussi le droit à l'imposition du canton de résidence du settlor au(x) canton(s) de résidence du/des bénéficiaire(s), ce qui peut avoir des effets imprévus (et non souhaitables).
7. L'imposition du trust selon la "part" du/des bénéficiaire(s) résident(s) en Suisse, respectivement dans le(s) canton(s) respectif(s), semble très difficile, si ce n'est impossible : comment déterminer de telles « parts » dans le cas d'un trust entièrement discrétionnaire ? Ce point est aussi problématique s'agissant de l'imposition des trusts dits « fixed interests », pour lesquels il peut notamment s'avérer difficile de déterminer des

parts imposables lorsque certains bénéficiaires n'ont droit qu'aux revenus du trust (ou une partie de ceux-ci), tandis que d'autres ont un droit (subordonné) au capital (ou à une partie de celui-ci).

8. Un autre point qui nous semble critiquable est la responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants telle que prévue au nouvel article 55 al. 5 LIFD. Cette disposition, dont la seule raison d'être est de préserver les intérêts du fisc suisse, peut conduire à des résultats choquants, comme par exemple l'imposition de bénéficiaires n'ayant reçu aucune distribution, qui ne dispose potentiellement pas des fonds nécessaires et à qui la capacité contributive économique fait défaut et n'est peut-être même pas conscient de sa qualité de bénéficiaire. L'exemple de l'étudiant mentionné ci-dessus est parlant à cet égard : il serait choquant de prétendre imposer un tel étudiant dont les ressources financières pourraient être très limitées.
9. Le système actuel d'imposition des trusts selon la Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts, qui a été validée par l'Administration fédérale des contributions par le biais de sa Circulaire no 20 du 27 mars 2008, a fait ses preuves : ce système est en place depuis bientôt 15 ans et fonctionne à la satisfaction de toutes les personnes et entités concernées, y compris les cantons et la branche des trustees.
10. Les réserves qui ont pu être émises au sujet de la constitutionnalité de certaines de ces règles - en général peu après leur publication et en partie par des auteurs qui ne sont pas forcément en prise directe avec la pratique - ne semblent pas insurmontables :
 - (i) L'argument selon lequel l'imposition du settlor viole le principe de l'imposition selon la capacité contributive économique ne semble pas convaincant si l'on considère que le settlor qui crée un trust en toute connaissance de cause s'agissant des implications fiscales renonce en effet, de son propre chef, à la protection de ce droit constitutionnel.
 - (ii) En ce qui concerne la différence de traitement entre settlors résidents en Suisse et à l'étranger, il nous semble que les différences juridiques et fiscales entre ces deux situations sont suffisantes pour justifier un traitement différencié.

III. Dispositions de droit civil

Nous saluons le projet en ce qui concerne la codification proposée dans le Code des Obligations. Nous pensons qu'un travail remarquable a été accompli afin d'intégrer l'instrument juridique du trust dans le cadre légal suisse. Le projet présente un excellent équilibre entre les caractéristiques que l'on attend d'un trust et les contraintes du système juridique dans lequel ces dispositions s'inscrivent.

En particulier, les dispositions de droit civil du projet sont conformes aux concepts du droit civil suisse, notamment en ce qui concernant les aspects matrimoniaux et successoraux. Sur la base de l'art. 15 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance, les dispositions légales du droit matrimonial et du droit des successions ne seraient pas impactées par l'introduction du droit suisse des trusts.

Nous nous permettons néanmoins de mentionner ci-après quelques points sur lesquels nous pensons que le projet pourrait être amélioré, notamment afin de le rendre plus compétitif en comparaison internationale (les points suivent la séquence des articles du projet de modification du Code des Obligation, leur ordre ne reflètent pas leur importance respective) :

1. Renoncement aux droits d'un bénéficiaire

L'article 529(d)(4) stipule qu'un bénéficiaire peut renoncer aux droits ou attentes que lui procure un trust. Nous recommandons de clarifier si cela inclut la possibilité de renoncer à ces droits ou attentes de manière permanente (irrévocable) ou temporaire (révocable).

2. Cession des pouvoirs du constituant

Selon l'article 529(e)(2), le constituant ne peut céder ses pouvoirs à un tiers pour agir en son nom. Ce n'est pas le cas dans d'autres juridictions, où un constituant peut nommer un mandataire en vertu d'une procuration pour agir s'il perd sa capacité mentale. Ce n'est pas une obligation, mais c'est une option attrayante pour les constituants, et nous recommandons son inclusion dans toute révision du projet.

A titre d'exemple, cette possibilité est fréquemment utilisée par les constituants de trusts qui qualifient de « grantor trusts » selon la législation fiscale des Etats-Unis, ce afin de s'assurer que le trust puisse conserver son statut fiscal jusqu'au décès du constituant, même si celui-ci venait à perdre sa capacité mentale.

3. Pouvoirs du protecteur

Le projet prévoit à l'article 529(f)(1) (dernière phrase) que le protecteur ne peut révoquer le trust que du vivant du constituant. Cette disposition paraît problématique à deux égards:

- (i) Du point de vue de la terminologie, la seule personne qui peut révoquer le trust est celle qui l'a constitué, c'est-à-dire le constituant. Un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur ne devrait dès lors pas être désigné comme pouvoir de révocation.
- (ii) S'il semble logique qu'un pouvoir de révocation du constituant s'éteigne avec la mort de ce dernier, on ne voit en revanche pas pourquoi il devrait en aller de même avec un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur. Une telle disposition limite sans raison la portée potentielle de ce pouvoir du protecteur.

Par ailleurs, il est à noter que l'article 529(h) mentionne le terme "exclusivement" lorsque le trustee doit agir exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires, mais nous notons que le même concept n'est pas inclus dans l'article 529(f)(3) en ce qui concerne le protecteur. Nous recommandons que cela soit corrigé.

4. Responsabilité du trustee

L'article 529(g)(3) stipule que le trustee a une responsabilité personnelle et que cette responsabilité peut être exclue par l'intermédiaire d'une convention avec le créancier.

D'autres droits des trusts - par exemple Jersey - limitent la responsabilité du trustee envers les tiers aux biens du trust lorsque le créancier savait qu'il concluait un contrat avec un trustee. Si les dispositions du droit suisse sont moins favorables, celui-ci sera peu attrayant sur le plan international (du moins pour les trustees).

Nous recommandons d'introduire des dispositions similaires à l'art. 32 de la loi Jersey sur les trusts (Trusts (Jersey) Law 1984). Il convient de noter qu'en cas de violation des obligations du trustee (« breach of trust »), la protection offerte par l'art. 32 de la loi de Jersey, qui se réfère à la fraude, à la faute intentionnelle et à la négligence grave du trustee, ne s'applique pas.

L'article 529(s)(2) gagnerait à être clarifié en fonction des points susmentionnés.

L'art. 529(g)(3) devrait également être clarifié sur le point de savoir quelles sont les limites admissibles à l'exclusion de la responsabilité personnelle en accord avec le créancier, c'est-à-dire si les mêmes standards de fraude, faute intentionnelle ou négligence grave doivent être appliqués dans tous les cas.

Il convient de noter que les bénéficiaires ne sont pas nécessairement des créanciers. Le plus souvent, ils n'ont pas cette qualité. Des éclaircissements seraient par conséquent bienvenus quant à savoir si les dispositions de cet article s'appliquent également aux bénéficiaires.

Il convient également de noter que les créanciers ne sont pas toujours identifiables au départ et, par conséquent, une convention ne peut être conclue pour de tels cas, ce qui expose les biens personnels des trustees à un risque plus élevé en comparaison au droit étranger.

5. Comptabilité et audit

L'article 529(h)(3) exige que la comptabilité soit tenue conformément à l'article 957(2) du CO.

Il est à noter que l'art. 957, al. 2 du CO ne fait pas référence aux trusts. Cela devrait être corrigé.

En outre, des clarifications doivent être apportées au projet concernant les questions suivantes :

- (i) L'art. 957(2)(3) relatif aux audits des fondations s'applique-t-il également aux trusts ?

- (ii) Le seuil de CHF 500 000.- de chiffre d'affaires mentionné à l'article 957(2)(1) s'applique-t-il aux trusts (étant entendu que les trusts n'ont généralement pas de « chiffre d'affaires ») ?
- (iii) l'article 529(h)(3) exige-t-il une comptabilité basée sur les liquidités ou autorise-t-il également la méthode dite d'engagement ou la comptabilité selon les normes IFRS ?

Enfin, nous recommandons de préciser si les autres dispositions et seuils du CO relatifs à la comptabilité et à l'audit sont applicables aux trusts, par exemple :

- article 963(a) (obligation de produire des comptes consolidés) ;
- article 963(b)(4) par analogie ; où les bénéficiaires pourraient demander des comptes consolidés ;
- article 727 relatif aux audits.

6. Remplacement du trustee et transfert du patrimoine du trust : responsabilité solidaire

Le projet prévoit diverses manières de transférer les actifs du trust. Selon l'art. 529(s)(4), le transfert des actifs et passifs peut se faire selon l'art. 181 CO. Des éclaircissements sont nécessaires en ce qui concerne cette référence à l'art. 181 CO et son applicabilité. Le trust suisse serait non concurrentiel par rapport aux trusts étrangers si cela signifie qu'un trustee sortant reste solidairement responsable avec le nouveau trustee pendant trois ans à compter de la date du changement de trustee.

À tout le moins, cela pourrait entraîner des coûts de fonctionnement supplémentaires pour le trust (le trustee sortant exigeant des informations pendant ces 3 années pour avoir une certaine supervision et les primes d'assurance étant susceptibles d'augmenter) et compliquerait potentiellement le changement de trustee, parce que le trustee sortant souhaiterait potentiellement retenir (c'est-à-dire ne pas transférer) certains actifs pendant cette période pour couvrir tout risque potentiel. De plus, les trustees sortants pourraient voir leur responsabilité engagée par des actions (ou abstentions) des trustees entrants pendant 3 ans en ce qui concerne des dettes pour lesquelles ils sont solidairement responsables. D'autres lois (étrangères) sur les trusts règlent le transfert de patrimoine d'un trust en prévoyant des indemnités écrites du trustee entrant en faveur du trustee sortant.

Cette période de responsabilité solidaire de trois ans ne semble pas appropriée, car elle n'est pas conforme à la pratique actuelle dans le monde des trusts et augmente inutilement le risque pour les trustees utilisant le droit suisse des trusts. Les changements de trustees et le transfert de patrimoine du trust qui en découle sont fréquents et il serait inapproprié de tenir l'ancien trustee pour solidairement responsable pendant trois ans suivant le transfert ou pendant trois ans suivant la date à laquelle la dette devient exigible.

En outre, il peut arriver en pratique qu'il y ait plusieurs changements de trustees durant une période de trois ans, ce qui rendrait l'application de cette disposition extrêmement compliquée.

Nous recommandons donc que la règle prévue à l'art. 181 al. 2 CO soit exclue de l'art. 529(s)(4) ou qu'elle soit modifiée de façon substantielle et remplacée par les concepts applicables dans certains droits étrangers sur les trusts mentionnés ci-dessus.

7. Durée du trust (« perpetuity period »)

L'article 529(u)(1) fixe la durée maximale d'un trust suisse à 100 ans. L'existence d'un tel délai rend les trusts suisses moins attractifs sur le plan international.

De nombreuses lois étrangères sur les trusts autorisent des périodes indéfinies pour ces trusts, que le constituant peut bien sûr limiter s'il le souhaite en prévoyant une période spécifique dans l'acte du trust.

Nous recommandons que les dispositions actuelles du projet à ce sujet soient remplacées par des dispositions similaires à celles prévues à l'article 15 de la loi sur les trusts de Jersey, par exemple « À moins que ses termes n'en disposent autrement, un trust peut continuer à exister pour une durée illimitée ».

8. Trusts ayant un but spécifique (« purpose trusts »)

Les trusts à but spécifique sont exclus du projet de loi. De tels trusts sont couramment utilisés aujourd'hui, par exemple dans le contexte de sociétés de trust privées (« private trust companies ») pour les familles aisées, où la société de trust privée est détenue par un trust à but spécifique. L'exclusion du trust à but spécifique du projet de loi place la Suisse dans une position concurrentielle désavantageuse, étant donné que d'autres lois (étrangères) sur les trusts les autorisent, ce dans les domaines tant de la clientèle privée que des transactions commerciales.

Par exemple, si une société privée de trust suisse est créée (par exemple en tant que société anonyme), alors, en vertu du projet actuel, un trust à but spécifique en vertu d'un droit étranger des trusts devrait être utilisée afin que le trust atteigne son but. Il serait judicieux de prévoir des trusts à but spécifique dans le cadre de la loi suisse.

9. Application continue de la Convention de La Haye

Bien que cela ressorte implicitement du rapport explicatif, il est essentiel - dans l'intérêt supérieur de la branche des trustees en Suisse - qu'il soit précisé que les termes et la possibilité d'utiliser la *Convention du 1er juillet 1985 sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance* restent en vigueur, c'est-à-dire que les trustees suisses ne doivent pas exclusivement utiliser le projet de loi suisse sur les trusts, mais peuvent continuer à gérer des trusts conformément à la Convention de La Haye. La profession saluerait une déclaration expresse à cet effet.

10. Contentieux et actions juridiques


Les règles de procédure du projet prévoient une clause attributive de juridiction dans l'acte de trust, faute de quoi les tribunaux du lieu du défendeur ou du lieu du trustee seront compétents (art. 39a CPC). Il s'agit d'une proposition équitable qui devrait inciter les

constituants et les trustees à inclure une clause de compétence exclusive dans l'acte de trust.


L'art. 529(w) prévoit la possibilité d'une clause d'arbitrage liant le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires. Le projet ne prévoit pas de réserve quant aux bénéficiaires à naître, ce qui est bienvenu dans un souci de clarté, de cohérence et d'exclusivité de la procédure d'arbitrage.

Dans une juridiction de droit civil comme la Suisse, le recours à l'arbitrage devrait être encouragé. Il préserve la confidentialité et pourrait améliorer la résolution des conflits en matière de trusts par des professionnels qualifiés possédant les qualifications et l'expérience requises dans ce domaine.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre très haute considération.



Stephanie Jarrett
Association STEP Geneva
Membre du Comité, Présidente



Andrew McCallum
Association STEP Geneva
Membre du Comité, Trésorier



Office fédéral de la justice
A l'attention de
M. Philipp Weber
Bundesrain 20
3003 Berne

Association STEP Lausanne
c/o Julien Perrin, LPPV Avocats
Rue de Genève 17
CP 6759
1002 Lausanne

(par email et courrier prioritaire)

Lausanne, le 27 avril 2022

Objet : Prise de position de l'association STEP Lausanne sur l'Avant-Projet de droit suisse des trusts

Cher Monsieur,

Dans le contexte de la procédure de consultation mise en œuvre le 12 janvier 2022, notre association a l'honneur de vous faire parvenir ci-dessous quelques éléments en lien avec l'Avant-Projet visant à introduire le trust en droit suisse (ci-après l'"**Avant-Projet**" ou l'"**AP**").

Remarque préliminaire:

L'Association STEP Lausanne a organisé un débat sur l'Avant-Projet (volet civil et volet fiscal). Ce débat a eu lieu le 1^{er} mars 2022 à Lausanne. Les avis exposés ci-dessous ont été exprimés au cours de ce débat et largement approuvés par les participants. Il se peut toutefois que certains de ces avis ne reflètent pas l'opinion de la totalité des membres de notre association (en particulier des membres n'ayant pas participé au débat).

Opportunité d'introduire le trust en tant qu'instrument de droit matériel suisse

Une large majorité des participants est favorable à l'introduction d'un droit suisse des trusts, qui permettrait notamment aux juristes suisses de pouvoir être formés à un outil de planification qui trouverait sa place dans notre système codifié.

Les opinions dissidentes paraissent se baser essentiellement sur la crainte que les juridictions et autorités suisses ne seraient pas bien outillées pour rendre des décisions en matière de trusts, ce qui pourrait conduire à un affaiblissement de l'industrie des trusts en Suisse.

En tout état, l'introduction d'un trust de droit suisse ne peut intervenir utilement que si la réglementation fiscale y relative n'est pas dissuasive (*cf.* ci-dessous).

Généralités sur les aspects civils de l'Avant-Projet

Sur le plan civil, l'Avant-Projet est considéré comme globalement bon. Le mérite des rédacteurs est souligné. On observe certaines limitations, comme l'exclusion des purpose trusts, des resulting trusts et des constructive trusts. On comprend que l'exclusion des purpose trusts est apparemment liée à la volonté, d'une part d'exclure les "private purpose trusts", jugés propices à des usages "agressifs", et d'autre part de laisser aux fondations de droit suisse leurs usages traditionnels, telles les institutions d'utilité publique. Ce choix est défendable. On comprend également l'exclusion des resulting trusts et des constructive trusts, l'objectif de l'Avant-Projet étant d'offrir un nouvel outil de planification de droit privé et non pas de révolutionner le système suisse. Ces limitations sont approuvées.

La terminologie utilisée dans l'Avant-Projet n'est pas toujours très claire et ne permet pas toujours de comprendre ce que le législateur permet ou ne permet pas (voir exemples ci-dessous).

Commentaires article par article:

Article 529a AP-CO

L'exclusion des constructive trusts, qui pourrait bouleverser les règles générales sur l'enrichissement illégitime, paraît sage, l'objectif du projet n'étant pas une "anglicisation" générale du droit privé suisse. Elle a toutefois pour conséquence notamment de limiter la protection des bénéficiaires en cas de breach of trust en comparaison de certaines solutions prévues par des droits étrangers (pas de ségrégation des biens acquis sans droit par rapport au patrimoine personnel du tiers acquéreur).

Article 529b AP-CO

L'alinéa 5 devrait être clarifié ou complété: le consentement du trustee a-t-il une incidence sur l'existence même du trust ou uniquement sur ses effets à l'égard des tiers?

Article 529c AP-CO

La formulation de l'al. 1^{er} est un peu compliquée. L'idée est simplement que les bénéficiaires soient identifiés ou identifiables.

La disposition, lue avec l'article 529d, al. 3, AP-CO, paraît exclure la possibilité de prévoir des "non-fiduciary powers of appointment". Dans le cas d'un trust discrétionnaire de type dynastique, il est fréquent qu'un bénéficiaire discrétionnaire ait la possibilité de désigner, par testament, les personnes qui lui succéderont comme bénéficiaires discrétionnaires de sa part après son propre décès. Cette possibilité est utile et on ne voit guère de raison de l'exclure. Il serait opportun que la loi prévoie expressément cette possibilité

Article 529e AP-CO

La notion juridique visée à l'alinéa 2 pourrait être clarifiée. Fait-on référence ici aux droits strictement personnels (*idem* à l'article 529f al. 2)?

Article 529f AP-CO

L'Avant-Projet exclut une révocation ultérieure au décès du constituant, sans doute en raison des difficultés qu'une révocation après son décès pourrait poser dans une succession de droit civil. Cette exclusion est opportune.

A l'alinéa 4, on comprend mal pourquoi la majorité suffit pour les décisions des protecteurs alors que l'unanimité est requise pour les décisions des trustees.

Article 529g AP-CO

L'avant-projet (al. 3) paraît suivre la conception traditionnelle (droit anglais) en matière de responsabilité pour les dettes du trust. Cette disposition est discutable pour trois raisons. Premièrement, les législations plus récentes en matière de trust se sont généralement écartées de cette conception ancienne de plusieurs siècles et jugée dépassée. Deuxièmement, cette disposition engendre davantage de risques patrimoniaux pour le trustee, ce qui n'est peut-être pas souhaitable, notamment pour les trustees non professionnels qui ne se rendront peut-être pas compte des risques qu'ils prendront en acceptant cette fonction. Troisièmement, il semble y avoir une contradiction entre l'article 529g (qui suggère que le trustee répond des dettes liées au trust sur son patrimoine personnel, conformément à la conception traditionnelle anglaise) et l'article 529n (qui semble suggérer que seul le patrimoine séparé du trust "répond" des dettes liées au trust, conformément à la conception moderne américaine). Il faudrait choisir l'une seule des deux options et dire clairement laquelle est retenue. La meilleure solution serait selon nous de conserver le système de 529n et non celui de 529g. Il devrait toutefois incomber au trustee de prouver avoir informé le tiers du lien de la dette avec le trust, à défaut de quoi il répondrait de la dette sur son patrimoine personnel.

La deuxième phrase de l'alinéa 3 pourrait être clarifiée, notamment quant à la question de savoir si elle permet d'exclure la responsabilité de manière plus étendue que ce que permet l'article 100 CO, ou si, dans une telle hypothèse, le patrimoine du trust est susceptible de répondre de la dette.

Cf. également les observations *ad* article 529n AP-CO ci-dessous.

Article 529h AP-CO

L'exigence de comptabilité simplifiée pourrait ne pas être suffisante dans certains cas; en particulier:

- une véritable comptabilité commerciale pourrait avoir du sens pour les trusts de grande taille;
- une distinction entre capital/revenus accumulés /revenus courants/gains en capital accumulés/courants dans la comptabilité serait utile.

La liste des obligations du trustee de l'alinéa 3 ne paraît pas complète. Elle devrait mentionner notamment:

- une obligation de saisir le juge dans le cadre de la juridiction gracieuse dans certaines circonstances. Le juge a un rôle central dans la vie du trust et l'équilibre des forces en présence. Il est important de le mentionner en toutes lettres;

- un devoir d'information du trustee envers les bénéficiaires (ou certains d'entre eux) quant à l'existence même du trust discrétionnaire (*Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26). Il faut éviter les situations dans lesquelles aucun bénéficiaire n'est au courant de l'existence du trust et n'est donc en mesure de saisir au besoin le juge pour obliger le trustee à rendre des comptes sur son administration. A noter que ce devoir du trustee ne doit pas être confondu avec le droit des bénéficiaires de recevoir d'autres renseignements de la part du trustee, lequel fait déjà l'objet d'une disposition satisfaisante dans l'Avant-Projet;
- un devoir du trustee de considérer régulièrement l'opportunité de procéder à des distributions dans le cas d'un trust discrétionnaire (cf. *Re Hasting Bass* [1975]).

Article 529j AP-CO

Une telle disposition ne paraît pas avoir sa place dans le Code des obligations. Il s'agit d'une norme de droit public.

Cette inclusion dans le Code des obligations est susceptible de poser des problèmes, notamment:

- Un trustee ou un settlor suisse pourrait apparemment éviter l'application de cette disposition en choisissant de soumettre le trust à un droit étranger, même si toutes les parties intéressées sont domiciliées en Suisse.
- Cette disposition s'appliquerait aussi à un trustee étranger si le trust a fait l'objet d'une élection de droit en faveur du droit suisse. Or une telle disposition n'a pas vocation à réglementer l'activité des trustees étrangers.

On peut se demander si cette disposition doit s'appliquer aux trustees non professionnels (non intermédiaires financiers, non établissements financiers).

Pour ces raisons, cette règle aurait davantage sa place dans une loi de droit public, telle la LEFin ou la LBA, même si l'intention est qu'elle s'applique aussi aux trustees n'étant pas des intermédiaires financiers ou des établissements financiers au sens de ces lois.

Certes, des dispositions similaires ont été intégrées dans le CO pour les sociétés de capitaux, mais la situation est différente car les sociétés de capitaux de droit suisse sont toujours rattachées territorialement à la Suisse (siège social), et les sociétés de capitaux étrangères ne sont quant à elles jamais soumises au CO.

Article 529k AP-CO

L'Avant-Projet se rattache au système ordinaire de la responsabilité pour inexécution des obligations en droit suisse et non pas aux règles de droit anglais, qui sont très différentes (falsifying, surcharging, etc.). C'est un choix opportun car la responsabilité du trustee est excessive en droit anglais, et un régime uniforme de responsabilité en droit suisse est plus clair et plus facile à appliquer.

Article 529/ AP-CO

Parmi les types de biens que le trustee peut détenir, on pourrait mentionner explicitement les crypto-monnaies de façon à mettre en avant la place financière suisse dans ce domaine porteur.

Article 529m AP-CO

Le fait que le trustee doive en toute hypothèse s'assurer que le lien avec le trust soit mentionné n'est peut-être pas approprié, notamment si le trust est constitué pour des objectifs (légitimes) de discrétion, ou s'il a trait à des biens inscrits dans des registres où une telle mention n'est pas possible (p.ex. à l'étranger).

Il serait plus clair de dire "*il incombe au trustee*" que "*le trustee veille à*".

Il est aussi important de savoir quelles pièces devraient être produites auprès des registres et de déterminer qui pourra y avoir accès.

Article 529n AP-CO

La compatibilité de cette disposition avec l'article 529g AP-CO paraît douteuse, notamment quant à la question de savoir si les dettes doivent être rattachées au trustee ou au patrimoine du trust. Cette question est importante sur le fond, mais aussi pour savoir comment les règles de la LP s'appliquent (art. 284a et b LP).

Article 529o AP-CO

Il serait opportun de préciser que le droit d'indemnité du trustee subsiste après la fin de sa mission.

Article 529p AP-CO

La notion de "autre patrimoine séparé" pourrait être clarifiée: s'agit-il du patrimoine d'autres trusts et du patrimoine personnel du trustee, ou d'autre chose?

Article 529q AP-CO

L'Avant-Projet paraît se rattacher ici à la conception anglaise de la protection des tiers de bonne foi (non protection des tiers acquéreurs à titre gratuit), et non pas à la conception suisse. La distinction entre acquéreur à titre gratuit et onéreux est séduisante de prime abord; elle est conforme aux principes généraux de droit des trusts (equity), mais paraît inopportune pour trois raisons:

- L'Avant-Projet tente de maintenir les principes généraux du droit privé suisse autant que possible (ex. : pas de constructive trust ; responsabilité du trustee selon les art. 97 ss CO). Il n'est pas cohérent de faire l'inverse ici en faisant prévaloir la vision anglaise sur la vision suisse sur une question "extérieure" au droit des trusts à proprement parler.
- La Convention de la Haye fait échapper la question de la protection des tiers de bonne foi à la loi du trust (art. 11 al. 3 d). Il serait cohérent de suivre cette logique dans le droit suisse. Il

serait curieux que les principes généraux de droit suisse en matière de protection des tiers de bonne foi s'appliquent si le trust est soumis au droit étranger (en vertu de 11 al. 3 d CLH Trust), mais pas si le trust est soumis au droit suisse.

- Sur le fond, un acquéreur de bonne foi à titre gratuit serait potentiellement protégé s'il acquiert un bien qui n'est pas en trust, mais non s'il acquiert un bien en trust. En partant de l'idée qu'il est de bonne foi, il ignorera a priori si le bien qu'il acquiert est en trust, si bien que la différence de protection ne paraît pas se justifier (sauf à modifier le système général).

Article 529u AP-CO

La règle de l'alinéa 2 (reprenant la jurisprudence *Saunders v Vautier*) pourrait être modifiée:

- Le settlor devrait pouvoir exclure son application dans l'acte de trust;
- Même si le settlor ne l'a pas exclu expressément, ce droit ne devrait être accordé aux bénéficiaires que si son exercice ne met pas en péril les buts poursuivis par le settlor (condition existante dans plusieurs législations modernes sur les trusts).

Article 529w AP-CO

L'opportunité de permettre l'extension de l'arbitrage aux questions de juridiction gracieuse paraît douteuse. On peut notamment se demander si l'arbitre présenterait toutes les garanties d'indépendance requises.

Article 528, al. 3, AP-CC

Cette disposition paraît exclure une action en réduction ou en restitution contre le trustee qui aurait procédé à des distributions, y compris s'il y a procédé de mauvaise foi, ce qui ne paraît pas opportun.

Points méritant éventuellement d'être ajoutés au projet:

Faudrait-il imposer un nombre minimum de deux trustees si ce sont des personnes physiques et qu'il n'y a pas au minimum un trustee professionnel suisse (présentant des garanties de continuité)?

Faudrait-il mentionner explicitement la notion de "irreducible core of trusteeship", notamment pour fixer des obligations minimales au trustee, et ce qu'elle implique en termes d'obligations et de responsabilité du trustee?

Modifications du CC qui pourraient être envisagées :

Idéalement, il faudrait que l'article **493 CC** prévoie, moyennant respect de certaines conditions, que la constitution d'un trust en faveur d'un héritier réservataire peut tenir lieu de réserve.

L'article **392, ch. 2, CC** prévoit que "*Lorsque l'institution d'une curatelle paraît manifestement disproportionnée, l'autorité de protection de l'adulte peut...* 2. *donner mandat à un tiers d'accomplir des tâches particulières*;" . Il pourrait être opportun de mentionner la mise en place d'un trust à titre d'exemple.

Concernant l'administration des biens de l'enfant, l'article **318, al. 3, CC** prévoit que *"Lorsque l'autorité de protection de l'enfant le juge opportun au vu du genre ou de l'importance des biens de l'enfant et de la situation personnelle des père et mère, elle ordonne l'établissement d'un inventaire ou la remise périodique de comptes et de rapports."* Il pourrait être envisagé de mentionner la constitution d'un trust comme type de mesure dans ce contexte.

Concernant la contribution d'entretien des pères et mères pour les enfants mineurs ou jeunes majeurs selon les **articles 276 ss CC** : pourquoi ne pas prévoir que cette contribution peut être acquittée par la constitution d'un trust (ex. art. 288 CC prévoit le versement d'une contribution unique, pourquoi pas en trust)?.

Remarques sur les aspects fiscaux de l'Avant-Projet

Il est justifié de ne pas modifier le système d'imposition actuel prévu par la Circulaire CSI n° 30. Le volet fiscal de l'Avant-Projet maintient opportunément le régime d'imposition des trusts révocables et des trusts à intérêts fixes déjà prévu par cette circulaire.

En revanche, le système d'imposition qu'il prévoit pour les trusts irrévocables discrétionnaires (option 1) est inopportun. Il serait préférable de conserver le système prévu par la Circulaire n° 30 (transparence fiscale à l'égard du constituant).

Le trust devrait être neutre sur le plan fiscal. Or cette solution n'assure nullement la neutralité fiscale.

L'imposition de la constitution d'un trust comme une donation (à 50% ou plus dans certains cantons) est si excessive et dissuasive qu'aucune personne domiciliée en Suisse ne serait tentée de constituer un trust. Il n'est guère utile d'adopter un trust de droit suisse en droit privé si le régime fiscal le rend inattrayant.

La même remarque peut être faite à propos de l'imposition des distributions de trust irrévocables discrétionnaires. Traiter ces distributions comme du revenu imposable du bénéficiaire donne lieu à une double imposition économique qui rendrait le trust inattrayant. On pourrait imaginer d'atténuer cette double imposition économique de deux façons. On pourrait d'abord raisonner par analogie avec les fonds de placement détenant de l'immobilier en direct et considérer que, les revenus et la fortune étant déjà imposés au niveau du trust, il n'y a pas lieu de les imposer à nouveau au niveau du bénéficiaire. Alternativement, on pourrait raisonner par analogie avec l'imposition des actionnaires de société de capitaux détenant des participations de plus de 10%: il serait imaginable de n'imposer les distributions de trusts qu'à 50%, 60% ou 70% si le bénéficiaire a une expectative sur plus de 10% du patrimoine du trust.

Afin de conserver un système aussi simple et fiscalement neutre que possible, la solution la plus opportune est de maintenir le système prévu par la Circulaire N° 30 pour l'imposition des trusts irrévocables discrétionnaires, c'est-à-dire l'imposition dans le chef du constituant en transparence. Ce système constitue certes une entorse au principe de la capacité contributive, mais cela est tolérable pour les raisons qui suivent:

- Premièrement, le principal défaut de ce système, sous l'empire de la Circulaire n° 30, est le défaut de base légale. Ce problème pourrait facilement être réglé par l'adoption d'une disposition légale permettant d'imposer le constituant.
- Deuxièmement, l'entorse au principe de capacité contributive est créée en pratique par le constituant lui-même, puisque c'est lui qui crée le trust. Il se place donc intentionnellement dans cette situation et est libre, au contraire, de ne pas s'y placer en renonçant à constituer le trust.
- Troisièmement, en pratique, le problème de capacité contributive peut être facilement réglé par un accord du constituant et du trustee prévoyant que les impôts imputés au constituant seront pris en charge par le trustee au moyen des fonds du trust.

* * *

Dans l'espoir que les quelques réflexions qui précèdent pourront être utiles, il va de soi que nous demeurons à disposition pour tout complément.

Avec nos sentiments respectueux,

Pour l'association STEP Lausanne:



Guillaume GRISEL, membre du comité



Julien PERRIN, président

Par e-mail (zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Genève/Lausanne, le 29 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la procédure de consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

Nous vous remercions de l'opportunité donnée à la Swiss and Liechtenstein STEP Federation (ci-après « STEP ») de participer à cette consultation et de prendre position sur ce sujet d'une grande importance pour STEP et pour ses membres.

I. Sommaire

STEP soutient le principe de l'introduction du trust dans le droit civil suisse, à savoir la codification de cette institution telle que proposée dans le Code des Obligations, à condition que le volet fiscal du projet soit abandonné dans son entier et que les règles actuelles d'imposition en matière de trusts soient maintenues (Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts et Circulaire no 20 du 27 mars 2008 de l'Administration fédérale des contributions).

STEP rejette vigoureusement la codification proposée sur le plan fiscal, qui est néfaste non seulement pour l'industrie des trusts, mais aussi pour l'attractivité de la Suisse en général.

Si le volet fiscal devait être maintenu, STEP rejetterait le projet dans son intégralité.

A notre connaissance, notre position est partagée par plusieurs autres organisations, notamment la Swiss Association of Trust Companies (SATC), qui ont également prévu de soumettre des prises de position dans ce sens.

II. Dispositions fiscales

STEP rejette clairement les dispositions fiscales du projet, en particulier celles concernant l'imposition des trusts discrétionnaires et irrévocables (de loin la forme la plus fréquente en pratique), qui sont mal conçues, superflues et potentiellement dangereuses. La proposition contenue dans le projet d'imposer les trusts discrétionnaires et irrévocables comme des fondations n'est pas admissible dans le cadre légal et notamment constitutionnel existant. Elle est aussi irréaliste et impossible à mettre en pratique.

A l'appui de sa position, STEP invoque les arguments suivants :

1. De l'aveu même du Conseil fédéral (ch. 5.1.4.5 du rapport explicatif, p. 80), l'Option 1 retenue est - avec l'Option 2 - la moins favorable des 7 variantes examinées en ce qui concerne l'attractivité de la Suisse en tant que place financière, ce qui contredit de manière directe l'un des objectifs principaux du projet (ch. 1.2.3.2 du rapport explicatif, p. 27).
2. L'Option 1 rend aussi la Suisse très peu attrayante pour les personnes qui envisagent de s'y établir pour quelque temps, par exemple des personnes fortunées intéressées par le système d'imposition selon la dépense, mais aussi un cadre d'une société multinationale détaché en Suisse pour deux ou trois ans, voire même un étudiant qui souhaite venir étudier en Suisse pour une année ou deux, qui se trouvent être bénéficiaires d'un trust familial sans autre lien avec la Suisse. Un tel trust se verrait soudain imposé dans notre pays du seul fait de la présence de ce bénéficiaire unique, et ce même si aucune distribution n'est reçue durant le séjour en Suisse.
3. Ainsi qu'il est mentionné dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.5, p. 81), l'Option 1 résulte en une potentielle triple imposition: lors de la constitution du trust (impôts cantonaux de succession/donation), annuellement sur les revenus et la fortune du trust (impôts sur le bénéfice et sur le capital selon le régime de la fondation) et lors d'une distribution (impôt sur le revenu). Un traitement fiscal aussi défavorable aura automatiquement pour effet de rendre ce type de trust, par ailleurs très fréquent en pratique, complètement inintéressant.
4. Bien que le projet prévoie des dispositions transitoires pour les trusts existants, il rend aussi la Suisse moins attrayante pour les étrangers imposés selon la dépense qui s'y trouvent déjà: les nouvelles règles - très défavorables comme on l'a vu - s'appliqueront à tout nouveau trust que ces personnes pourraient créer et pourraient même s'appliquer à des trusts existants si de nouveaux actifs étaient apportés à ces derniers après l'entrée en vigueur des règles en question.
5. En prétendant imposer un trust comme une personne morale - ce que le trust n'est clairement pas - l'Option 1 est aussi contraire à la Constitution (cf. art. 128 par. 1 let. b de la Constitution). Pour qu'une telle solution soit admissible, il faudrait une modification préalable de la Constitution.
6. L'Option 1 restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines de la fiscalité qui sont en majorité de leur ressort : les impôts de succession et de donations, l'impôt sur la fortune et l'imposition selon la dépense. Elle déplace aussi le droit à l'imposition du canton de résidence du settlor au(x) canton(s) de résidence du/des bénéficiaire(s), ce qui peut avoir des effets imprévus (et non souhaitables).
7. L'imposition du trust selon la "part" du/des bénéficiaire(s) résident(s) en Suisse, respectivement dans le(s) canton(s) respectif(s), semble très difficile, si ce n'est impossible : comment déterminer de telles « parts » dans le cas d'un trust entièrement discrétionnaire ? Ce point est aussi problématique s'agissant de l'imposition des trusts dits « fixed interests », pour lesquels il peut notamment s'avérer difficile de déterminer des parts imposables lorsque certains bénéficiaires n'ont droit qu'aux revenus du trust (ou une partie de ceux-ci), tandis que d'autres ont un droit (subordonné) au capital (ou à une partie de celui-ci).
8. Un autre point qui nous semble critiquable est la responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants telle que prévue au nouvel article 55 al. 5 LIFD. Cette disposition, dont la seule raison d'être est de préserver les intérêts du fisc suisse, peut conduire à des résultats choquants, comme par exemple l'imposition de bénéficiaires n'ayant reçu aucune distribution, qui ne dispose potentiellement pas des fonds nécessaires et à qui la capacité contributive économique fait défaut et n'est peut-être même pas conscient de sa qualité de

bénéficiaire. L'exemple de l'étudiant mentionné ci-dessus est parlant à cet égard : il serait choquant de prétendre imposer un tel étudiant dont les ressources financières pourraient être très limitées.

9. Le système actuel d'imposition des trusts selon la Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts, qui a été validée par l'Administration fédérale des contributions par le biais de sa Circulaire no 20 du 27 mars 2008, a fait ses preuves : ce système est en place depuis bientôt 15 ans et fonctionne à la satisfaction de toutes les personnes et entités concernées, y compris les cantons et la branche des trustees.
10. Les réserves qui ont pu être émises au sujet de la constitutionnalité de certaines de ces règles - en général peu après leur publication et en partie par des auteurs qui ne sont pas forcément en prise directe avec la pratique - ne semblent pas insurmontables :
 - (i) L'argument selon lequel l'imposition du settlor viole le principe de l'imposition selon la capacité contributive économique ne semble pas convaincant si l'on considère que le settlor qui crée un trust en toute connaissance de cause s'agissant des implications fiscales renonce en effet, de son propre chef, à la protection de ce droit constitutionnel.
 - (ii) En ce qui concerne la différence de traitement entre settlors résidents en Suisse et à l'étranger, il nous semble que les différences juridiques et fiscales entre ces deux situations sont suffisantes pour justifier un traitement différencié.

III. Dispositions de droit civil

Nous saluons le projet en ce qui concerne la codification proposée dans le Code des Obligations. Nous pensons qu'un travail remarquable a été accompli afin d'intégrer l'instrument juridique du trust dans le cadre légal suisse. Le projet présente un excellent équilibre entre les caractéristiques que l'on attend d'un trust et les contraintes du système juridique dans lequel ces dispositions s'inscrivent.

En particulier, les dispositions de droit civil du projet sont conformes aux concepts du droit civil suisse, notamment en ce qui concernant les aspects matrimoniaux et successoraux. Sur la base de l'art. 15 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance, les dispositions légales du droit matrimonial et du droit des successions ne seraient pas impactées par l'introduction du droit suisse des trusts.

Nous nous permettons néanmoins de mentionner ci-après quelques points sur lesquels nous pensons que le projet pourrait être amélioré, notamment afin de le rendre plus compétitif en comparaison internationale (les points suivent la séquence des articles du projet de modification du Code des Obligations, leur ordre ne reflète pas leur importance respective) :

1. Renoncement aux droits d'un bénéficiaire

L'article 529(d)(4) stipule qu'un bénéficiaire peut renoncer aux droits ou expectatives que lui procure un trust. Nous recommandons de clarifier si cela inclut la possibilité de renoncer à ces droits ou expectatives de manière permanente (irrévocable) ou temporaire (révocable).

2. Cession des pouvoirs du constituant

Selon l'article 529(e)(2), le constituant ne peut céder ses pouvoirs à un tiers pour agir en son nom. Ce n'est pas le cas dans d'autres juridictions, où un constituant peut nommer un mandataire en vertu d'une procuration pour agir s'il perd sa capacité mentale. Ce n'est pas

une obligation, mais c'est une option attrayante pour les constituants, et nous recommandons son inclusion dans toute révision du projet.

A titre d'exemple, cette possibilité est fréquemment utilisée par les constituants de trusts qui qualifient de « grantor trusts » selon la législation fiscale des Etats-Unis, ce afin de s'assurer que le trust puisse conserver son statut fiscal jusqu'au décès du constituant, même si celui-ci venait à perdre sa capacité mentale.

3. Pouvoirs du protecteur

Le projet prévoit à l'article 529(f)(1) (dernière phrase) que le protecteur ne peut révoquer le trust que du vivant du constituant. Cette disposition paraît problématique à deux égards :

- (i) Du point de vue de la terminologie, la seule personne qui peut révoquer le trust est celle qui l'a constitué, c'est-à-dire le constituant. Un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur ne devrait dès lors pas être désigné comme pouvoir de révocation.
- (ii) S'il semble logique qu'un pouvoir de révocation du constituant s'éteigne avec la mort de ce dernier, on ne voit en revanche pas pourquoi il devrait en aller de même avec un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur. Une telle disposition limite sans raison la portée potentielle de ce pouvoir du protecteur.

Par ailleurs, il est à noter que l'article 529(h) mentionne le terme "exclusivement" lorsque le trustee doit agir exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires, mais nous notons que le même concept n'est pas inclus dans l'article 529(f)(3) en ce qui concerne le protecteur. Nous recommandons que cela soit corrigé.

4. Responsabilité du trustee

L'article 529(g)(3) stipule que le trustee a une responsabilité personnelle et que cette responsabilité peut être exclue par l'intermédiaire d'une convention avec le créancier.

D'autres droits des trusts - par exemple Jersey - limitent la responsabilité du trustee envers les tiers aux biens du trust lorsque le créancier savait qu'il concluait un contrat avec un trustee. Si les dispositions du droit suisse sont moins favorables, celui-ci sera peu attrayant sur le plan international (du moins pour les trustees).

Nous recommandons d'introduire des dispositions similaires à l'art. 32 de la loi Jersey sur les trusts (Trusts (Jersey) Law 1984). Il convient de noter qu'en cas de violation des obligations du trustee (« breach of trust »), la protection offerte par l'art. 32 de la loi de Jersey, qui se réfère à la fraude, à la faute intentionnelle et à la négligence grave du trustee, ne s'applique pas.

L'article 529(s)(2) gagnerait à être clarifié en fonction des points susmentionnés.

L'art. 529(g)(3) devrait également être clarifié sur le point de savoir quelles sont les limites admissibles à l'exclusion de la responsabilité personnelle en accord avec le créancier, c'est-à-dire si les mêmes standards de fraude, faute intentionnelle ou négligence grave doivent être appliqués dans tous les cas.

Il convient de noter que les bénéficiaires ne sont pas nécessairement des créanciers. Le plus souvent, ils n'ont pas cette qualité. Des éclaircissements seraient par conséquent bienvenus quant à savoir si les dispositions de cet article s'appliquent également aux bénéficiaires.

Il convient également de noter que les créanciers ne sont pas toujours identifiables au départ et, par conséquent, une convention ne peut être conclue pour de tels cas, ce qui expose les biens personnels des trustees à un risque plus élevé en comparaison au droit étranger.

5. Comptabilité et audit

L'article 529(h)(3) exige que la comptabilité soit tenue conformément à l'article 957(2) du CO. Il est à noter que l'art. 957, al. 2 du CO ne fait pas référence aux trusts. Cela devrait être corrigé.

En outre, des clarifications doivent être apportées au projet concernant les questions suivantes :

- (i) L'art. 957(2)(3) relatif aux audits des fondations s'applique-t-il également aux trusts ?
- (ii) Le seuil de CHF 500 000.- de chiffre d'affaires mentionné à l'article 957(2)(1) s'applique-t-il aux trusts (étant entendu que les trusts n'ont généralement pas de « chiffre d'affaires ») ?
- (iii) l'article 529(h)(3) exige-t-il une comptabilité basée sur les liquidités ou autorise-t-il également la méthode dite d'engagement ou la comptabilité selon les normes IFRS ?

Enfin, nous recommandons de préciser si les autres dispositions et seuils du CO relatifs à la comptabilité et à l'audit sont applicables aux trusts, par exemple :

- article 963(a) (obligation de produire des comptes consolidés) ;
- article 963(b)(4) par analogie ; où les bénéficiaires pourraient demander des comptes consolidés ;
- article 727 relatif aux audits.

6. Remplacement du trustee et transfert du patrimoine du trust : responsabilité solidaire

Le projet prévoit diverses manières de transférer les actifs du trust. Selon l'art. 529(s)(4), le transfert des actifs et passifs peut se faire selon l'art. 181 CO. Des éclaircissements sont nécessaires en ce qui concerne cette référence à l'art. 181 CO et son applicabilité. Le trust suisse serait non concurrentiel par rapport aux trusts étrangers si cela signifie qu'un trustee sortant reste solidairement responsable avec le nouveau trustee pendant trois ans à compter de la date du changement de trustee.

À tout le moins, cela pourrait entraîner des coûts de fonctionnement supplémentaires pour le trust (le trustee sortant exigeant des informations pendant ces 3 années pour avoir une certaine supervision et les primes d'assurance étant susceptibles d'augmenter) et compliquerait potentiellement le changement de trustee, parce que le trustee sortant souhaiterait potentiellement retenir (c'est-à-dire ne pas transférer) certains actifs pendant cette période pour couvrir tout risque potentiel. De plus, les trustees sortants pourraient voir leur responsabilité engagée par des actions (ou abstentions) des trustees entrants pendant 3 ans en ce qui concerne des dettes pour lesquelles ils sont solidairement responsables. D'autres lois (étrangères) sur les trusts règlent le transfert de patrimoine d'un trust en prévoyant des indemnités du trustee entrant en faveur du trustee sortant.

Cette période de responsabilité solidaire de trois ans ne semble pas appropriée, car elle n'est pas conforme à la pratique actuelle dans le monde des trusts et augmente inutilement le risque pour les trustees utilisant le droit suisse des trusts. Les changements de trustees et le transfert de patrimoine du trust qui en découle sont fréquents et il serait inapproprié de tenir l'ancien trustee pour solidairement responsable pendant trois ans suivant le transfert ou pendant trois ans suivant la date à laquelle la dette devient exigible.

En outre, il peut arriver en pratique qu'il y ait plusieurs changements de trustees durant une période de trois ans, ce qui rendrait l'application de cette disposition extrêmement compliquée.

Nous recommandons donc que la règle prévue à l'art. 181 al. 2 CO soit exclue de l'art. 529(s)(4) ou qu'elle soit modifiée de façon substantielle et remplacée par les concepts applicables dans certains droits étrangers sur les trusts mentionnés ci-dessus.

7. Durée du trust (« perpetuity period »)

L'article 529(u)(1) fixe la durée maximale d'un trust suisse à 100 ans. L'existence d'un tel délai rend les trusts suisses moins attractifs sur le plan international.

De nombreuses lois étrangères sur les trusts autorisent des périodes indéfinies pour ces trusts, que le constituant peut bien sûr limiter s'il le souhaite en prévoyant une période spécifique dans l'acte du trust.

Nous recommandons que les dispositions actuelles du projet à ce sujet soient remplacées par des dispositions similaires à celles prévues à l'article 15 de la loi sur les trusts de Jersey, par exemple « À moins que ses termes n'en disposent autrement, un trust peut continuer à exister pour une durée illimitée ».

8. Trusts ayant un but spécifique (« purpose trusts »)

Les trusts à but spécifique sont exclus du projet de loi. De tels trusts sont couramment utilisés aujourd'hui, par exemple dans le contexte de sociétés de trust privées (« private trust companies ») pour les familles aisées, où la société de trust privée est détenue par un trust à but spécifique. L'exclusion du trust à but spécifique du projet de loi place la Suisse dans une position concurrentielle désavantageuse, étant donné que d'autres lois (étrangères) sur les trusts les autorisent, ce dans les domaines tant de la clientèle privée que des transactions commerciales.

Par exemple, si une société privée de trust suisse est créée (par exemple en tant que société anonyme), alors, en vertu du projet actuel, un trust à but spécifique en vertu d'un droit étranger des trusts devrait être utilisée afin que le trust atteigne son but. Il serait judicieux de prévoir des trusts à but spécifique dans le cadre de la loi suisse.

9. Application continue de la Convention de la Haye

Bien que cela ressorte implicitement du rapport explicatif, il est essentiel - dans l'intérêt supérieur de la branche des trustees en Suisse - qu'il soit précisé que les termes et la possibilité d'utiliser la *Convention du 1er juillet 1985 sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance* restent en vigueur, c'est-à-dire que les trustees suisses ne doivent pas exclusivement utiliser le projet de loi suisse sur les trusts, mais peuvent continuer à gérer des trusts conformément à la Convention de La Haye. La profession saluerait une déclaration expresse à cet effet.

10. Contentieux et actions juridiques

Les règles de procédure du projet prévoient une clause attributive de juridiction dans l'acte de trust, faute de quoi les tribunaux du lieu du défendeur ou du lieu du trustee seront compétents (art. 39a CPC). Il s'agit d'une proposition équitable qui devrait inciter les constituants et les trustees à inclure une clause de compétence exclusive dans l'acte de trust.

L'art. 529(w) prévoit la possibilité d'une clause d'arbitrage liant le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires. Le projet ne prévoit pas de réserve quant aux bénéficiaires à naître, ce qui est bienvenu dans un souci de clarté, de cohérence et d'exclusivité de la procédure d'arbitrage.

Dans une juridiction de droit civil comme la Suisse, le recours à l'arbitrage devrait être encouragé. Il préserve la confidentialité et pourrait améliorer la résolution des conflits en matière de trusts par des professionnels qualifiés possédant les qualifications et l'expérience requises dans ce domaine.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre très haute considération.



Andrew McCallum
Swiss and Liechtenstein STEP Federation
Member of the Committee, Chair



Guillaume Grisel
Swiss and Liechtenstein STEP Federation
Member of the Committee, Vice-Chair

STEP SWISS & LIECHTENSTEIN FEDERATION

C/O Association STEP Geneva

4, rue du Mont-Blanc, 1201, Geneva

T: +41 (0)22 715 2325 E: secretariat@step-geneva.org W: www.step-geneva.org

Von: [Claudia Kaplan](#)
An: [_BJ-ZZ](#)
Cc: [office.frick](#); [roderik](#); [cm](#); [Corinne Graf](#); [n.peter](#)
Betreff: STN STEP Zug 29.04.2022 VNL Trust
Datum: Freitag, 29. April 2022 19:23:20
Anlagen: [image004.png](#)
[29.04.22 Verein STEP prise de position trust suisse.pdf](#)
[29.04.22 Verein STEP prise de position trust suisse.docx](#)

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen des Verein STEP Vorstandes senden wir Ihnen unsere Stellungnahme zur Einführung des Trusts. Im Anhang finden Sie eine rechtsgültig unterschriebene PDF-Version und wie von Ihnen gewünscht eine Word-Version.

Der Verein STEP repräsentiert die Interessen von STEP Zurich Centre, STEP Vaduz Centre, STEP Lugano Centre und STEP Lucerne/Zug Centre und zählt 736 Mitglieder.

Für allfällige Rückfragen steht Ihnen Herr Roderik Strobl roderik@strobl.ch gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

CLAUDIA KAPLAN | **Accounting & Administration**



COMMUNITY / COLLABORATION / INTEGRITY / CONTINUOUS LEARNING

Verein STEP | c/o STEP Office | Neugasse 12 | CH-6300 Zug | Switzerland

T: +41 (0)41 727 05 27 | **F:** +41 (0)41 727 05 21 | [website](#)

This email is confidential and for the addressee only. Any unauthorised dissemination of its contents is prohibited and may be illegal. Attachments to this email are usually sent in Microsoft Office format and are checked for viruses. We cannot accept liability for any damage sustained as a result of viruses.

Par e-mail (zz@bj.admin.ch)

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Zug, le 29 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la procédure de consultation ouverte le 12 janvier 2022 à propos de l'introduction du trust en droit suisse.

Nous vous remercions de l'opportunité donnée à la Verein STEP (ci-après « STEP ») de participer à cette consultation et de prendre position sur ce sujet d'une grande importance pour la STEP et pour ses membres.

I. Sommaire

La STEP soutient le principe de l'introduction du trust dans le droit civil suisse, à savoir la codification de cette institution telle que proposée dans le Code des Obligations, à condition que le volet fiscal du projet soit abandonné dans son entier et que les règles actuelles d'imposition en matière de trusts soient maintenues (Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts et Circulaire no 20 du 27 mars 2008 de l'Administration fédérale des contributions).

La STEP rejette vigoureusement la codification proposée sur le plan fiscal, qui est néfaste non seulement pour l'industrie des trusts, mais aussi pour l'attractivité de la Suisse en général.

Si le volet fiscal devait être maintenu, la STEP rejetterait le projet dans son intégralité.

A notre connaissance, notre position est partagée par plusieurs autres organisations, notamment la Swiss Association of Trust Companies (SATC), qui ont également prévu de soumettre des prises de position dans ce sens.

II. Dispositions fiscales

La STEP rejette clairement les dispositions fiscales du projet, en particulier celles concernant l'imposition des trusts discrétionnaires et irrévocables (de loin la forme la plus fréquente en pratique), qui sont mal conçues, superflues et potentiellement dangereuses. La proposition contenue dans le projet d'imposer les trusts discrétionnaires et irrévocables comme des fondations n'est pas admissible dans le cadre légal et notamment constitutionnel existant. Elle est aussi irréaliste et impossible à mettre en pratique.

T: +41 (0)41 727 05 27 F: +41 (0)41 727 05 21 E: info@step-ch-fl.com UID: CHE-114.502.372

Verein STEP, Neugasse 12, 6300 Zug

Verein STEP is an Association registered under Art. 60 ff C.C., in Zug, with Centres in Lugano, Lucerne/Zug, Vaduz and Zurich
The Verein STEP is a part of the Swiss and Liechtenstein STEP Federation and STEP Worldwide

A l'appui de sa position, la STEP invoque les arguments suivants :

1. De l'aveu même du Conseil fédéral (ch. 5.1.4.5 du rapport explicatif, p. 80), l'Option 1 retenue est - avec l'Option 2 - la moins favorable des 7 variantes examinées en ce qui concerne l'attractivité de la Suisse en tant que place financière, ce qui contredit de manière directe l'un des objectifs principaux du projet (ch. 1.2.3.2 du rapport explicatif, p. 27).
2. L'Option 1 rend aussi la Suisse très peu attrayante pour les personnes qui envisagent de s'y établir pour quelque temps, par exemple des personnes fortunées intéressées par le système d'imposition selon la dépense, mais aussi un cadre d'une société multinationale détaché en Suisse pour deux ou trois ans, voire même un étudiant qui souhaite venir étudier en Suisse pour une année ou deux, qui se trouvent être bénéficiaires d'un trust familial sans autre lien avec la Suisse. Un tel trust se verrait soudain imposé dans notre pays du seul fait de la présence de ce bénéficiaire unique, et ce même si aucune distribution n'est reçue durant le séjour en Suisse.
3. Ainsi qu'il est mentionné dans le rapport explicatif (ch. 5.1.4.5, p. 81), l'Option 1 résulte en une potentielle triple imposition: lors de la constitution du trust (impôts cantonaux de succession/donation), annuellement sur les revenus et la fortune du trust (impôts sur le bénéfice et sur le capital selon le régime de la fondation) et lors d'une distribution (impôt sur le revenu). Un traitement fiscal aussi défavorable aura automatiquement pour effet de rendre ce type de trust, par ailleurs très fréquent en pratique, complètement inintéressant.
4. Bien que le projet prévoie des dispositions transitoires pour les trusts existants, il rend aussi la Suisse moins attrayante pour les étrangers imposés selon la dépense qui s'y trouvent déjà: les nouvelles règles - très défavorables comme on l'a vu - s'appliqueront à tout nouveau trust que ces personnes pourraient créer et pourraient même s'appliquer à des trusts existants si de nouveaux actifs étaient apportés à ces derniers après l'entrée en vigueur des règles en question.
5. En prétendant imposer un trust comme une personne morale - ce que le trust n'est clairement pas - l'Option 1 est aussi contraire à la Constitution (cf. art. 128 par. 1 let. b de la Constitution). Pour qu'une telle solution soit admissible, il faudrait une modification préalable de la Constitution.
6. L'Option 1 restreint sans raison et inutilement les compétences des cantons dans des domaines de la fiscalité qui sont en majorité de leur ressort : les impôts de succession et de donations, l'impôt sur la fortune et l'imposition selon la dépense. Elle déplace aussi le droit à l'imposition du canton de résidence du settlor au(x) canton(s) de résidence du/des bénéficiaire(s), ce qui peut avoir des effets imprévus (et non souhaitables).
7. L'imposition du trust selon la "part" du/des bénéficiaire(s) résident(s) en Suisse, respectivement dans le(s) canton(s) respectif(s), semble très difficile, si ce n'est impossible : comment déterminer de telles « parts » dans le cas d'un trust entièrement discrétionnaire ? Ce point est aussi problématique s'agissant de l'imposition des trusts dits « fixed interests », pour lesquels il peut notamment s'avérer difficile de déterminer des parts imposables lorsque certains bénéficiaires n'ont droit qu'aux revenus du trust (ou une partie de ceux-ci), tandis que d'autres ont un droit (subordonné) au capital (ou à une partie de celui-ci).
8. Un autre point qui nous semble critiquable est la responsabilité solidaire des bénéficiaires et des constituants telle que prévue au nouvel article 55 al. 5 LIFD. Cette disposition, dont la seule raison d'être est de préserver les intérêts du fisc suisse, peut conduire à des résultats choquants, comme par exemple l'imposition de bénéficiaires n'ayant reçu aucune distribution, qui ne dispose potentiellement pas des fonds nécessaires et à qui la capacité contributive économique fait défaut et n'est peut-être même pas conscient de sa qualité de bénéficiaire. L'exemple de l'étudiant mentionné ci-dessus est parlant à cet

T: +41 (0)41 727 05 27 F: +41 (0)41 727 05 21 E: info@step-ch-fl.com UID: CHE-114.502.372

Verein STEP, Neugasse 12, 6300 Zug

Verein STEP is an Association registered under Art. 60 ff C.C., in Zug, with Centres in Lugano, Lucerne/Zug, Vaduz and Zurich
The Verein STEP is a part of the Swiss and Liechtenstein STEP Federation and STEP Worldwide

égard : il serait choquant de prétendre imposer un tel étudiant dont les ressources financières pourraient être très limitées.

9. Le système actuel d'imposition des trusts selon la Circulaire 30 du 22 août 2007 de la Conférence Suisse des Impôts, qui a été validée par l'Administration fédérale des contributions par le biais de sa Circulaire no 20 du 27 mars 2008, a fait ses preuves : ce système est en place depuis bientôt 15 ans et fonctionne à la satisfaction de toutes les personnes et entités concernées, y compris les cantons et la branche des trustees.
10. Les réserves qui ont pu être émises au sujet de la constitutionnalité de certaines de ces règles - en général peu après leur publication et en partie par des auteurs qui ne sont pas forcément en prise directe avec la pratique - ne semblent pas insurmontables :
 - (i) L'argument selon lequel l'imposition du settlor viole le principe de l'imposition selon la capacité contributive économique ne semble pas convaincant si l'on considère que le settlor qui crée un trust en toute connaissance de cause s'agissant des implications fiscales renonce en effet, de son propre chef, à la protection de ce droit constitutionnel.
 - (ii) En ce qui concerne la différence de traitement entre settlors résidents en Suisse et à l'étranger, il nous semble que les différences juridiques et fiscales entre ces deux situations sont suffisantes pour justifier un traitement différencié.

III. Dispositions de droit civil

Nous saluons le projet en ce qui concerne la codification proposée dans le Code des Obligations. Nous pensons qu'un travail remarquable a été accompli afin d'intégrer l'instrument juridique du trust dans le cadre légal suisse. Le projet présente un excellent équilibre entre les caractéristiques que l'on attend d'un trust et les contraintes du système juridique dans lequel ces dispositions s'inscrivent.

En particulier, les dispositions de droit civil du projet sont conformes aux concepts du droit civil suisse, notamment en ce qui concernant les aspects matrimoniaux et successoraux. Sur la base de l'art. 15 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance, les dispositions légales du droit matrimonial et du droit des successions ne seraient pas impactées par l'introduction du droit suisse des trusts.

Nous nous permettons néanmoins de mentionner ci-après quelques points sur lesquels nous pensons que le projet pourrait être amélioré, notamment afin de le rendre plus compétitif en comparaison internationale (les points suivent la séquence des articles du projet de modification du Code des Obligation, leur ordre ne reflètent pas leur importance respective) :

1. Renoncement aux droits d'un bénéficiaire

L'article 529(d)(4) stipule qu'un bénéficiaire peut renoncer aux droits ou expectatives que lui procure un trust. Nous recommandons de clarifier si cela inclut la possibilité de renoncer à ces droits ou expectatives de manière permanente (irrévocable) ou temporaire (révocable).

2. Cession des pouvoirs du constituant

Selon l'article 529(e)(2), le constituant ne peut céder ses pouvoirs à un tiers pour agir en son nom. Ce n'est pas le cas dans d'autres juridictions, où un constituant peut nommer un mandataire en vertu d'une

T: +41 (0)41 727 05 27 F: +41 (0)41 727 05 21 E: info@step-ch-fl.com UID: CHE-114.502.372

Verein STEP, Neugasse 12, 6300 Zug

Verein STEP is an Association registered under Art. 60 ff C.C., in Zug, with Centres in Lugano, Lucerne/Zug, Vaduz and Zurich
The Verein STEP is a part of the Swiss and Liechtenstein STEP Federation and STEP Worldwide

procuration pour agir s'il perd sa capacité mentale. Ce n'est pas une obligation, mais c'est une option attrayante pour les constituants, et nous recommandons son inclusion dans toute révision du projet.

A titre d'exemple, cette possibilité est fréquemment utilisée par les constituants de trusts qui qualifient de « grantor trusts » selon la législation fiscale des Etats-Unis, ce afin de s'assurer que le trust puisse conserver son statut fiscal jusqu'au décès du constituant, même si celui-ci venait à perdre sa capacité mentale.

3. Pouvoirs du protecteur

Le projet prévoit à l'article 529(f)(1) (dernière phrase) que le protecteur ne peut révoquer le trust que du vivant du constituant. Cette disposition paraît problématique à deux égards :

- (i) Du point de vue de la terminologie, la seule personne qui peut révoquer le trust est celle qui l'a constitué, c'est-à-dire le constituant. Un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur ne devrait dès lors pas être désigné comme pouvoir de révocation.
- (ii) S'il semble logique qu'un pouvoir de révocation du constituant s'éteigne avec la mort de ce dernier, on ne voit en revanche pas pourquoi il devrait en aller de même avec un pouvoir de mettre fin au trust conféré au protecteur. Une telle disposition limite sans raison la portée potentielle de ce pouvoir du protecteur.

Par ailleurs, il est à noter que l'article 529(h) mentionne le terme "exclusivement" lorsque le trustee doit agir exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires, mais nous notons que le même concept n'est pas inclus dans l'article 529(f)(3) en ce qui concerne le protecteur. Nous recommandons que cela soit corrigé.

4. Responsabilité du trustee

L'article 529(g)(3) stipule que le trustee a une responsabilité personnelle et que cette responsabilité peut être exclue par l'intermédiaire d'une convention avec le créancier.

D'autres droits des trusts - par exemple Jersey - limitent la responsabilité du trustee envers les tiers aux biens du trust lorsque le créancier savait qu'il concluait un contrat avec un trustee. Si les dispositions du droit suisse sont moins favorables, celui-ci sera peu attrayant sur le plan international (du moins pour les trustees).

Nous recommandons d'introduire des dispositions similaires à l'art. 32 de la loi Jersey sur les trusts (Trusts (Jersey) Law 1984). Il convient de noter qu'en cas de violation des obligations du trustee (« breach of trust »), la protection offerte par l'art. 32 de la loi de Jersey, qui se réfère à la fraude, à la faute intentionnelle et à la négligence grave du trustee, ne s'applique pas.

L'article 529(s)(2) gagnerait à être clarifié en fonction des points susmentionnés.

L'art. 529(g)(3) devrait également être clarifié sur le point de savoir quelles sont les limites admissibles à l'exclusion de la responsabilité personnelle en accord avec le créancier, c'est-à-dire si les mêmes standards de fraude, faute intentionnelle ou négligence grave doivent être appliqués dans tous les cas.

Il convient de noter que les bénéficiaires ne sont pas nécessairement des créanciers. Le plus souvent, ils n'ont pas cette qualité. Des éclaircissements seraient par conséquent bienvenus quant à savoir si les dispositions de cet article s'appliquent également aux bénéficiaires.

Il convient également de noter que les créanciers ne sont pas toujours identifiables au départ et, par conséquent, une convention ne peut être conclue pour de tels cas, ce qui expose les biens personnels des trustees à un risque plus élevé en comparaison au droit étranger.

5. Comptabilité et audit

L'article 529(h)(3) exige que la comptabilité soit tenue conformément à l'article 957(2) du CO. Il est à noter que l'art. 957, al. 2 du CO ne fait pas référence aux trusts. Cela devrait être corrigé.

En outre, des clarifications doivent être apportées au projet concernant les questions suivantes :

- (i) L'art. 957(2)(3) relatif aux audits des fondations s'applique-t-il également aux trusts ?
- (ii) Le seuil de CHF 500 000.- de chiffre d'affaires mentionné à l'article 957(2)(1) s'applique-t-il aux trusts (étant entendu que les trusts n'ont généralement pas de « chiffre d'affaires ») ?
- (iii) l'article 529(h)(3) exige-t-il une comptabilité basée sur les liquidités ou autorise-t-il également la méthode dite d'engagement ou la comptabilité selon les normes IFRS ?

Enfin, nous recommandons de préciser si les autres dispositions et seuils du CO relatifs à la comptabilité et à l'audit sont applicables aux trusts, par exemple :

- article 963(a) (obligation de produire des comptes consolidés) ;
- article 963(b)(4) par analogie ; où les bénéficiaires pourraient demander des comptes consolidés ;
- article 727 relatif aux audits.

6. Remplacement du trustee et transfert du patrimoine du trust : responsabilité solidaire

Le projet prévoit diverses manières de transférer les actifs du trust. Selon l'art. 529(s)(4), le transfert des actifs et passifs peut se faire selon l'art. 181 CO. Des éclaircissements sont nécessaires en ce qui concerne cette référence à l'art. 181 CO et son applicabilité. Le trust suisse serait non concurrentiel par rapport aux trusts étrangers si cela signifie qu'un trustee sortant reste solidairement responsable avec le nouveau trustee pendant trois ans à compter de la date du changement de trustee.

À tout le moins, cela pourrait entraîner des coûts de fonctionnement supplémentaires pour le trust (le trustee sortant exigeant des informations pendant ces 3 années pour avoir une certaine supervision et les primes d'assurance étant susceptibles d'augmenter) et compliquerait potentiellement le changement de trustee, parce que le trustee sortant souhaiterait potentiellement retenir (c'est-à-dire ne pas transférer) certains actifs pendant cette période pour couvrir tout risque potentiel. De plus, les trustees sortants pourraient voir leur responsabilité engagée par des actions (ou abstentions) des trustees entrants pendant 3 ans en ce qui concerne des dettes pour lesquelles ils sont solidairement responsables. D'autres lois (étrangères) sur les trusts règlent le transfert de patrimoine d'un trust en prévoyant des indemnités du trustee entrant en faveur du trustee sortant.

Cette période de responsabilité solidaire de trois ans ne semble pas appropriée, car elle n'est pas conforme à la pratique actuelle dans le monde des trusts et augmente inutilement le risque pour les trustees utilisant le droit suisse des trusts. Les changements de trustees et le transfert de patrimoine du trust qui en découle sont fréquents et il serait inapproprié de tenir l'ancien trustee pour solidairement responsable pendant trois ans suivant le transfert ou pendant trois ans suivant la date à laquelle la dette devient exigible.

En outre, il peut arriver en pratique qu'il y ait plusieurs changements de trustees durant une période de trois ans, ce qui rendrait l'application de cette disposition extrêmement compliquée.

Nous recommandons donc que la règle prévue à l'art. 181 al. 2 CO soit exclue de l'art. 529(s)(4) ou qu'elle soit modifiée de façon substantielle et remplacée par les concepts applicables dans certains droits étrangers sur les trusts mentionnés ci-dessus.

7. Durée du trust (« perpetuity period »)

L'article 529(u)(1) fixe la durée maximale d'un trust suisse à 100 ans. L'existence d'un tel délai rend les trusts suisses moins attractifs sur le plan international.

De nombreuses lois étrangères sur les trusts autorisent des périodes indéfinies pour ces trusts, que le constituant peut bien sûr limiter s'il le souhaite en prévoyant une période spécifique dans l'acte du trust.

Nous recommandons que les dispositions actuelles du projet à ce sujet soient remplacées par des dispositions similaires à celles prévues à l'article 15 de la loi sur les trusts de Jersey, par exemple « À moins que ses termes n'en disposent autrement, un trust peut continuer à exister pour une durée illimitée ».

8. Trusts ayant un but spécifique (« purpose trusts »)

Les trusts à but spécifique sont exclus du projet de loi. De tels trusts sont couramment utilisés aujourd'hui, par exemple dans le contexte de sociétés de trust privées (« private trust companies ») pour les familles aisées, où la société de trust privée est détenue par un trust à but spécifique. L'exclusion du trust à but spécifique du projet de loi place la Suisse dans une position concurrentielle désavantageuse, étant donné que d'autres lois (étrangères) sur les trusts les autorisent, ce dans les domaines tant de la clientèle privée que des transactions commerciales.

Par exemple, si une société privée de trust suisse est créée (par exemple en tant que société anonyme), alors, en vertu du projet actuel, un trust à but spécifique en vertu d'un droit étranger des trusts devrait être utilisée afin que le trust atteigne son but. Il serait judicieux de prévoir des trusts à but spécifique dans le cadre de la loi suisse.

9. Application continue de la Convention de La Haye

Bien que cela ressorte implicitement du rapport explicatif, il est essentiel - dans l'intérêt supérieur de la branche des trustees en Suisse - qu'il soit précisé que les termes et la possibilité d'utiliser la *Convention du 1er juillet 1985 sur la loi applicable aux trusts et sur leur reconnaissance* restent en vigueur, c'est-à-dire que les trustees suisses ne doivent pas exclusivement utiliser le projet de loi suisse sur les trusts, mais peuvent continuer à gérer des trusts conformément à la Convention de La Haye. La profession saluerait une déclaration expresse à cet effet.

10. Contentieux et actions juridiques

Les règles de procédure du projet prévoient une clause attributive de juridiction dans l'acte de trust, faute de quoi les tribunaux du lieu du défendeur ou du lieu du trustee seront compétents (art. 39a CPC). Il s'agit d'une proposition équitable qui devrait inciter les constituants et les trustees à inclure une clause de compétence exclusive dans l'acte de trust.

L'art. 529(w) prévoit la possibilité d'une clause d'arbitrage liant le constituant, le trustee, le protecteur et les bénéficiaires. Le projet ne prévoit pas de réserve quant aux bénéficiaires à naître, ce qui est bienvenu dans un souci de clarté, de cohérence et d'exclusivité de la procédure d'arbitrage.

Dans une juridiction de droit civil comme la Suisse, le recours à l'arbitrage devrait être encouragé. Il préserve la confidentialité et pourrait améliorer la résolution des conflits en matière de trusts par des professionnels qualifiés possédant les qualifications et l'expérience requises dans ce domaine.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre très haute considération.

Verein STEP



Dr. Roderik Strobl
Président du groupe de travail
droit suisse des trusts



Avv. Dr. Caterina Martinoli
Vice-présidente du groupe de travail
droit suisse des trusts

SUPSI

Centro competenze tributarie

Stabile Suglio, Via Cantonale 18, CH-6928 Manno
T +41 (0)58 666 61 75, F +41 (0)58 666 61 76

diritto.tributario@supsi.ch, www.supsi.ch/fisco
N. IVA: CHE-108 955 570 IVA

Per e-mail a:

zz@bj.admin.ch

Manno, 26 aprile 2022

Introduzione del trust (modifica del Codice delle obbligazioni)

Gentili Signore, Egregi Signori,

il Centro di competenze tributarie (CCT) del Dipartimento economia aziendale, sanità e sociale (DEASS) della SUPSI congiuntamente all'Associazione Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law (AMASTL), fanno riferimento alla consultazione indicata a margine e con la presente rendono note le proprie osservazioni.

Rimaniamo a vostra completa disposizione per ulteriori approfondimenti e domande in merito.



Prof. Dr. iur. Samuele Vorpe

Responsabile Centro competenze tributarie
Presidente AMASTL
samuele.vorpe@supsi.ch, +41 58 666 61 22



Avv. Flavio Amadò

COLLEGAL Studio legale e notarile Attorneys at law, Lugano



Avv. Giovanni Molo

COMMENTO GENERALE

In maniera generale, riteniamo che l'integrazione del *trust* nell'ordinamento svizzero prevista dall'avamprogetto di legge consente di conciliare, da un lato, le esigenze di flessibilità e segregazione patrimoniale che sono alla base del successo di questo strumento di pianificazione finanziaria con, d'altro lato, istituti propri del diritto svizzero. La codificazione del *trust* nel Codice delle obbligazioni istituisce tale figura quale strumento a metà strada tra la fiducia, con il suo carattere obbligatorio e con la distinzione tra proprietà e beneficio economico, e la fondazione, quale patrimonio distinto. I doveri fiduciari del *trustee* si basano sugli obblighi generali di fedeltà e diligenti tipici dei rapporti di mandato. D'altra parte, sul piano fiscale, l'avamprogetto di legge consente di codificare, su diversi livelli, le conseguenze tributarie dell'istituzione di un *trust*, individuando le attribuzioni fiscali tra i suoi vari attori in funzione delle diverse tipologie di *trust*. Da questo profilo, l'avamprogetto costituisce quindi un elemento di certezza del diritto. La nostra presa di posizione si concentra sulla parte fiscale dell'avamprogetto e su quella relativa all'istituzione del *trust* nel Codice delle obbligazioni, trattandosi dei due aspetti principali del progetto legislativo.

PARTE 1: ASPETTI FISCALI

Da un profilo fiscale, la soluzione proposta nell'avamprogetto di legge volto a codificare il trattamento fiscale del *trust* in Svizzera è quella che preferiamo (opzione 1). È su questa proposta che verterà la nostra presa di posizione, senza commentare le altre opzioni (2-7), che non ci soddisfano pienamente e che sono anche state scartate sulla base del Rapporto esplicativo presentato il 12 gennaio scorso. In particolare, sosteniamo l'introduzione del soggetto fiscale "*trust irrevocabile discrezionale (irrevocable discretionary trust)*" accanto alle fondazioni, mentre il "*trust revocabile (revocable trust)*" e il "*trust irrevocabile fisso (irrevocable fixed interest trust)*" rimangono dei soggetti fiscali trasparenti, come già da prassi attuale.

* * *

1. Commento generale

Il mantenimento dell'attuale trattamento fiscale – come previsto dalla Circolare n. 30 del 27 agosto 2007 della Conferenza svizzera delle imposte (CSI), rispettivamente dalla Circolare n. 20 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) del 27 marzo 2008 – per quanto attiene al *trust revocabile (revocable trust)* e a quello irrevocabile fisso (*irrevocable fixed interest trust*) ci trova d'accordo. Siamo convinti che non sia prettamente necessario legiferare in tal senso e che l'attuale prassi sia sufficiente. Tuttavia, se per una questione di certezza giuridica si intendono codificare sia nella Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11) sia nella Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID; RS 642.14) queste due fattispecie, le proposte indicate nell'avamprogetto di legge sono senz'altro condivisibili. In tal senso, il contenuto dei capoversi 1 e 2 del progetto degli articoli 10a LIFD e 6a LAID necessita soltanto di alcune precisazioni. Lo stesso discorso non vale, però, per il progetto del capoverso 3 sul quale ci soffermeremo in seguito.

In primo luogo, proponiamo di completare il capoverso 1 aggiungendo, dopo il primo termine "*trust*", l'inciso "*revocabile*". Si tratta di una precisazione importante che permette di chiarire ulteriormente

la fattispecie che riguarda le tipologie di *revocable trust*. Lo stesso dicasi per il capoverso 2, dove dopo il primo termine "*trust*" proponiamo l'aggiunta dell'inciso di "*irrevocabile a interesse fisso*", cioè *irrevocable fixed interest trust*.

La sistematica dei progetti degli articoli 10a LIFD e 6a LAID è sostanzialmente corretta, poiché queste nuove disposizioni sono posizionate nello stesso capitolo di società di persone, comunioni ereditarie, investimenti collettivi di capitale, ecc., i cui redditi e capitali sono imputati per trasparenza ai legittimi proprietari e non conferiscono a queste entità la caratteristica di soggetto fiscale. Tuttavia, piuttosto che due nuovi articoli di legge (10a LIFD e 6a LAID), a nostro avviso sarebbe più corretto completare con due nuovi capoversi (3 e 4) l'attuale articolo 10 LIFD (per inciso, non si ritiene necessaria alcuna norma nella LAID).

Diverso, invece, è il discorso del capoverso 3 dei progetti di articoli 10a LIFD e 6a LAID che istituisce un nuovo soggetto fiscale, cioè il *trust* revocabile discrezionale (*irrevocable discretionary trust*). Premesso che, come sopra indicato, condividiamo la proposta dell'avamprogetto di scegliere l'opzione 1, istitutiva del *trust* come un nuovo soggetto fiscale, pure concordiamo su un trattamento fiscale di questo soggetto, analogo a quello riservato alle fondazioni, ossia il soggetto fiscale al quale il *trust* più si avvicina.

Diversamente dall'avamprogetto di legge proponiamo, tuttavia, di spostare la figura del *trust* irrevocabile discrezionale (*irrevocable discretionary trust*) nel capitolo delle persone giuridiche, accanto alle fondazioni (articoli 49 e 71 LIFD). Questa soluzione ben si adatta alla sistematica di legge, essendo questa tipologia di *trust* un soggetto fiscale autonomo, diversamente dalle proposte dell'articolo 10a capoversi 1 e 2 LIFD, dove il *trust* (*revocable trust* e *irrevocable fixed interest trust*) è un soggetto trasparente. Sarebbe, infatti, errato posizionare il *trust* revocabile discrezionale nell'articolo 10a LIFD. Nella soluzione da noi proposta questa forma di *trust* sarebbe, inoltre, assoggettata mediante le aliquote applicabili alle fondazioni, più favorevoli, quindi, rispetto a quelle applicate a società di capitali e cooperative.

Al fine di garantire la neutralità della forma giuridica e la parità di trattamento tra azionisti e soci da un lato, e beneficiari di un *trust* irrevocabile discrezionale dall'altro, proponiamo di imporre i beneficiari sui redditi distribuiti dal *trustee* in modo analogo ai redditi di partecipazione e, cioè in misura parziale¹. In questo modo si tiene conto dell'attenuazione della doppia imposizione economica. Ai fini dell'imposta federale diretta, la percentuale proposta sarebbe identica ai redditi di partecipazioni qualificate, equivalente al 70%. Ai fini delle imposte cantonali, si lascerebbe, invece, ai Cantoni la libertà tariffale nel decidere la percentuale di imposizione parziale (proposta di articolo 7^{quater} LAID).

¹ Gli azionisti beneficiano di un'imposizione parziale se detengono almeno il 10 per cento dei diritti di partecipazione (art. 7 cpv. 1 LAID, art. 20 cpv. 1^{bis} LIFD). Secondo il Tribunale federale il limite del 10 per cento è incostituzionale e lede il principio della parità di trattamento (DTF 136 I 65 consid. 5.5). Più precisamente osserva "*che il criterio di qualificazione del 10 per cento è incompatibile con il principio costituzionale dell'uguaglianza dell'imposizione. Secondo tale sentenza non vi è alcun motivo atto a giustificare un'imposizione più elevata dei dividendi di un piccolo socio rispetto a quelli di un grande azionista*".

Quanto proposto permette di garantire un'attrattività fiscale del *trust* irrevocabile discrezionale come soggetto fiscale autonomo con le aliquote delle fondazioni, garantendo allo stesso tempo ai Cantoni una propria autonomia nella percentuale di imposizione parziale delle prestazioni provenienti da *trust* irrevocabile discrezionale. In questa situazione il *trust* sarà pure da considerare soggetto fiscale ai fini dell'imposta preventiva.

Evidentemente per "redditi" distribuiti dal *trustee* ai beneficiari sono da intendersi quelli generati dall'attività del *trustee* con il capitale a disposizione del *trust*. È, quindi, importante che il *trust* disponga di una contabilità idonea ad identificare utili e perdite, quest'ultime tra l'altro riportabili per i sette periodi fiscali successivi. Qualora, invece, venisse distribuito ai beneficiari una parte del capitale iniziale del *trust*, questo dovrà essere considerato come una donazione e, di conseguenza, imposta dai Cantoni considerando il grado di parentela esistente tra il disponente e il beneficiario.

Venendo alle imposte di successione e di donazione che, come noto, sono di competenza esclusiva dei Cantoni, ci permettiamo di suggerire un differimento dell'imposta di successione o donazione in caso di costituzione di un *trust* irrevocabile discrezionale. Queste imposte potranno essere prelevate dai Cantoni al momento del versamento del capitale – inizialmente devoluto dal disponente al *trustee* – al beneficiario del *trust* secondo la discrezionalità del *trustee* e, in ultima battuta, al momento dello scioglimento per decisione o per legge del *trust* irrevocabile discrezionale. In questo modo, l'aumento di patrimonio dei beneficiari verrà assoggettato alle imposte di successione o donazione solamente quando essi ne diverranno effettivamente i legittimi proprietari, non trattandosi di una mera aspettativa². A nostro modo di vedere, invece, deve essere mantenuta la prassi in materia di imposte di successione e donazione in caso di *trust* revocabili e *trust* irrevocabili a interesse fisso.

Proponiamo, inoltre, di inserire l'obbligo del *trustee* di un *trust* irrevocabile discrezionale di rilasciare attestazioni all'autorità fiscale cantonale relativamente alla tassazione dei beneficiari (cfr. articoli 49 lettera *b* LIFD e 45 lettera *a* LAID).

Resta, infine, da chiarire il trattamento fiscale del *trust* ai fini del diritto internazionale tributario. Premesso che per i *revocable trust* e *irrevocable fixed interest trust* nulla cambia rispetto alla situazione attuale, diverso è lo scenario dell'*irrevocable discretionary trust*. Essendo un soggetto fiscale autonomo che rientra nel campo di applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni (CDI), analogamente alle fondazioni, l'utile da esso conseguito sarà imponibile dove ha sede o amministrazione effettiva. Si tratta dunque di stabilire, in primo luogo, il domicilio dell'*irrevocable discretionary trust*. Questo coincide con il domicilio del *trustee* e, ad ogni modo, dove il *trustee* amministra effettivamente il *trust*. Se, quindi, il *trustee* amministrerà il *trust* dalla Svizzera, sarà a quest'ultima che competerà il diritto impositivo riguardante l'utile generato dal *trust*. In caso di distribuzione di un reddito, considerato che il diritto interno qualifica i redditi analogamente ai redditi da partecipazione, vi sarà un'imposizione conformemente all'articolo 10 capoverso 3 del Modello OCSE di Convenzione fiscale.

² Questa proposta è adeguata anche nel caso in cui i beneficiari del *trust* non sono ancora stati identificati.

2. Proposte di modifica della LIFD

Norme vigenti	Modifiche proposte
<p>Art. 10 LIFD – Comunioni ereditarie, società e investimenti collettivi di capitale</p> <p>¹ ...</p>	<p>Art. 10 LIFD Comunioni ereditarie, società, investimenti collettivi di capitale e trust</p> <p>³ (nuovo) Il reddito di un trust revocabile è aggiunto a quello del disponente se questo non si è privato definitivamente dei beni in trust.</p> <p>⁴ (nuovo) Il reddito di un trust irrevocabile a interesse fisso è aggiunto proporzionalmente a quello dei beneficiari se:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. il disponente si è privato definitivamente dei beni in trust; e b. i beneficiari hanno diritto alle prestazioni derivanti dai beni in trust.
<p>Art. 20 LIFD – Principio</p> <p>¹ Sono imponibili i redditi da sostanza mobiliare, segnatamente:</p> <p>...</p>	<p>Art. 20 LIFD – Principio</p> <p>¹ Sono imponibili i redditi da sostanza mobiliare, segnatamente:</p> <p>...</p> <p>g. (nuovo) i redditi provenienti da trust irrevocabili discrezionali sono imponibili in ragione del 70 per cento.</p>
<p>Art. 49 LIFD</p> <p>¹ Sono imponibili come persone giuridiche:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. ... b. le associazioni, le fondazioni e le altre persone giuridiche. 	<p>Art. 49 LIFD</p> <p>¹ Sono imponibili come persone giuridiche:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. ... b. le associazioni, le fondazioni, i trust irrevocabili discrezionali e le altre persone giuridiche.
<p>Art. 55 LIFD</p> <p>⁵ I beneficiari e i disponenti assoggettati illimitatamente in Svizzera rispondono solidalmente per le imposte di un trust dovute secondo l'articolo 10a capoverso 3 o 4.</p>	<p>Art. 55 LIFD</p> <p>Si propone di stralciare l'art. 55 cpv. 5 che introduce una responsabilità fiscale solidale di beneficiari e disponenti. Questi soggetti, infatti, non hanno di principio alcuna funzione nell'amministrazione dei beni del trust e nei relativi adempimenti fiscali. Non si giustifica, quindi, una loro responsabilità fiscale solidale.</p>

Norme vigenti	Modifiche proposte
	<p>La stessa rischierebbe infatti di toccare fattispecie in relazione alle quali disponenti e beneficiari non hanno alcuna possibilità di influenza e di cui potrebbero anche non avere alcuna consapevolezza. La responsabilità fiscale di questi soggetti è quindi estranea al corpus logico giuridico del trust. Da un profilo pratico, tali soggetti corrobberanno il rischio di assumere oneri fiscali di cui non possono avere consapevolezza. Ciò potrebbe, potenzialmente, ridurre l'attrattiva, su un piano internazionale, del trust svizzero, nonché l'attrattiva di tale strumento per soggetti residenti in Svizzera.</p>
<p>Sezione 3: Associazioni, fondazioni e altre persone giuridiche</p> <p>Art. 71 LIFD</p> <p>¹ L'imposta sull'utile delle associazioni, fondazioni e altre persone giuridiche è del 4,25 per cento dell'utile netto.</p>	<p>Sezione 3: Associazioni, fondazioni, trust irrevocabili discrezionali e altre persone giuridiche</p> <p>Art. 71 LIFD</p> <p>¹ L'imposta sull'utile delle associazioni, fondazioni, trust irrevocabili discrezionali e altre persone giuridiche è del 4,25 per cento dell'utile netto.</p>
<p>Art. 129 LIFD</p> <p>¹ Devono presentare un'attestazione all'autorità di tassazione, per ogni periodo fiscale:</p> <p>a. le persone giuridiche, sulle prestazioni pagate ai membri dell'amministrazione o di altri organi; le fondazioni, inoltre, sulle prestazioni fornite ai loro beneficiari;</p> <p>b. ...</p>	<p>Art. 129 LIFD</p> <p>¹ Devono presentare un'attestazione all'autorità di tassazione, per ogni periodo fiscale:</p> <p>a. le persone giuridiche, sulle prestazioni pagate ai membri dell'amministrazione o di altri organi; le fondazioni e i trust irrevocabili discrezionali, inoltre, sulle prestazioni fornite ai loro beneficiari;</p> <p>b. ...</p>

3. Proposte di modifica della LAID

Norme vigenti	Modifiche proposte
<p>Art. 7 LAID</p> <p>...</p>	<p>Art. 7 LAID</p> <p>1^{quater} (nuovo) Le prestazioni provenienti da trust irrevocabili discrezionali possono essere imposte in misura parziale in una percentuale definita dal diritto cantonale.</p>
<p>Art. 45 LAID</p> <p>¹ Devono presentare un'attestazione all'autorità di tassazione, per ogni periodo fiscale:</p> <p>a. le persone giuridiche, sulle prestazioni pagate ai membri dell'amministrazione o di altri organi; le fondazioni, inoltre, sulle prestazioni fornite ai loro beneficiari;</p> <p>b. ...</p>	<p>Art. 45 LAID</p> <p>¹ Devono presentare un'attestazione all'autorità di tassazione, per ogni periodo fiscale:</p> <p>a. le persone giuridiche, sulle prestazioni pagate ai membri dell'amministrazione o di altri organi; le fondazioni e i trust irrevocabili discrezionali, inoltre, sulle prestazioni fornite ai loro beneficiari;</p> <p>b. ...</p>

PARTE 2: PROPOSTE DI MODIFICA DEL CODICE DELLE OBBLIGAZIONI

Avamprogetto	Proposte di modifica	Motivazione
Codice delle obbligazioni		
Art. 529a	<p>¹ Il trust ha per oggetto la destinazione di beni da parte di uno o più disponenti a un patrimonio distinto, detenuto e amministrato da uno o più trustee nell'interesse di uno o più beneficiari, o di uno scopo pubblico o di utilità pubblica ai sensi dell'art. 56 lett. g LIFD, o per fini previdenziali o commerciali nella forma di investment, unit o securitization trusts.</p> <p>^{1bis} I trust istituiti a fini previdenziali ai sensi dell'art. 331 cpv. 1 CO devono essere amministrati da un trustee residente in Svizzera, e si applica per analogia l'art. 89a CC.</p> <p>² È costituito mediante dichiarazione scritta o per disposizione a causa di morte.</p>	<p>Attualmente sono riconosciuti in Svizzera anche i cosiddetti "trust di scopo" (<i>purpose trust</i>) di diritto estero secondo l'art. 149a LDIP in congiunzione con l'art. 2 cpv. 1 della Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento. Tali norme includono nella nozione di <i>trust</i> anche beni posti sotto il controllo di un trustee, nell'interesse di un beneficiario, oppure per perseguire un fine determinato. Peraltro, la Legge federale sugli istituti finanziari include nella definizione di <i>trustee</i> soggetti ad un obbligo autorizzativo in Svizzera, anche le entità che agiscono come trustee per trust costituiti per perseguire un fine determinato, e quindi i <i>purpose trust</i> esteri (art. 17 cpv. 2 LISFI).</p> <p>Già solo per questo motivo non si ravvede per quali ragioni sarebbe possibile gestire un <i>trust</i> di scopo in Svizzera, ma solo se costituito secondo un diritto estero riconosciuto dalla predetta Convenzione. Siccome è possibile gestire <i>trust</i> di scopo in Svizzera, è quindi ragionevole che sia in futuro possibile anche gestire trust di scopo svizzeri in Svizzera.</p> <p>Il Rapporto esplicativo del Consiglio federale del 12 gennaio 2022, peraltro, non indica i motivi per un divieto di <i>trust</i> di scopo di diritto svizzero.</p> <p>Tenuto conto dell'interesse generale, recepito dal predetto rapporto, di introdurre il nuovo istituto giuridico del <i>trust</i> di diritto svizzero, si ritiene che nulla osti a prevedere anche la possibilità che vengano previsti <i>trust</i> di scopo, sia quali <i>charitable trusts</i>, specificando tuttavia che debbano essere intesi come <i>trust</i> che perseguano uno scopo pubblico o di utilità pubblica ai sensi dell'art. 56 lett. g LIFD e dell'art. 23 cpv. 1 lett. f LAID, sia quali <i>trust</i> per scopi commerciali e previdenziali, la cui importanza pratica è stata peraltro evidenziata anche nel rapporto (pag. 17 segg.).</p> <p>Per i trust previdenziali andrebbe modificato l'art. 331 cpv. 1 CO.</p> <p>In quest'ultimo scenario, da un profilo della sorveglianza e dell'organizzazione della gestione, si propone che la gestione possa avvenire solo da parte di <i>trustee</i> residenti in</p>

		Svizzera e quindi autorizzati da FINMA e soggetti alla sorveglianza corrente di un OV (e norme organizzative LISFI). Da un profilo materiale si applicherebbe per analogia l'art. 89a CC in merito alle fondazioni di previdenza.
Art. 529b	<p>¹ Nell'atto di trust il disponente dichiara di destinare beni a un trust, designa il trustee e i beneficiari o il fine determinato, e stabilisce le disposizioni relative all'amministrazione del trust.</p> <p>² Se il trust è costituito per disposizione a causa di morte, il disponente può rinunciare a designare il trustee nell'atto di trust. In questo caso ogni interessato può chiedere al giudice di designare il trustee.</p> <p>³ Se il disponente medesimo diviene trustee, l'atto di trust menziona precisamente i beni che il disponente destina al trust.</p> <p>⁴ L'atto di trust contiene anche una designazione per identificare il trust. Altrimenti il trustee sceglie la designazione.</p> <p>⁵ Il trust diviene efficace quando il trustee ha acconsentito per scritto alla sua nomina e ha acquisito i beni destinati al trust.</p> <p>⁶ Sono fatte salve le disposizioni legali per la protezione dei creditori, del coniuge o del partner registrato nonché degli eredi del disponente.</p>	La proposta è conseguente alla proposta di modifica dell'articolo precedente.
Art. 529c	<p>¹ L'atto di trust designa il o i beneficiari per nome o in virtù di un vincolo speciale con il disponente o con un'altra persona o in base ad altri criteri che permettono di definire la qualità di beneficiario nel</p>	Modifica in coerenza con la proposta riferita all'art. 529a AP-CO, ed in coerenza con l'art. 20 CO, quest'ultima norma essendo applicabile solo a rapporti contrattuali.

	<p>momento dell'erogazione di una prestazione.</p> <p>² Il trustee non può essere l'unico beneficiario.</p> <p>³ In caso di trust di scopo, l'atto di trust definisce il fine per il quale viene costituito. Il trust che ha per oggetto una cosa impossibile o un fine illecito è nullo.</p>	
Art. 529d	<p>¹ L'atto di trust conferisce ai beneficiari diritti a prestazioni o semplici aspettative sottoposte alla discrezione del trustee.</p> <p>² Eventuali lettere di desiderata del disponente indirizzate al trustee in merito a circostanze che dovrebbero essere prese in considerazione nella gestione del trust, non vincolano il trustee nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali.</p> <p>³ Il diritto dei beneficiari alle prestazioni può essere sottoposto a condizioni e termini. Salvo disposizione contraria dell'atto di trust, tale diritto può essere ceduto, ma non può essere trasmesso per successione.</p> <p>⁴ L'aspettativa di un beneficiario non può essere né ceduta né trasmessa per successione.</p> <p>⁵ Un beneficiario può rinunciare in ogni momento, mediante dichiarazione scritta al trustee, ai diritti e alle aspettative che gli sono conferiti dal trust.</p>	<p>La modifica tende a chiarire la possibilità delle cosiddette <i>letter of wishes</i>, e la loro portata. Tale indicazione la si considera utile per chiarire la portata di uno strumento comunque utilizzato di sovente, nonché indicarne la legittimità (nei limiti fissati) anche nel trust di diritto svizzero.</p>
Art. 529f	<p>¹ L'atto di trust può conferire in tutto o in parte a uno o più guardiani le facoltà di cui all'articolo 529e. Un trustee non può essere guardiano. Il guardiano può revocare il trust</p>	<p>La proposta è conseguente alla proposta di modifica dell'articolo 529a AP-CO.</p>

	<p>soltanto durante la vita del disponente.</p> <p>² Il guardiano esercita di persona le facoltà conferitegli. È esclusa ogni rappresentanza.</p> <p>³ Salvo disposizione contraria dell'atto di trust, il guardiano esercita le facoltà conferitegli nell'interesse dei beneficiari o del fine perseguito dal trust. Se lui stesso è un beneficiario, tiene adeguatamente conto degli interessi di tutti i beneficiari.</p> <p>⁴ Se vi sono più guardiani, essi prendono le loro decisioni a maggioranza assoluta, salvo disposizione contraria dell'atto di trust.</p>	
Art. 529g	<p>¹ Il trustee amministra e gestisce i beni in trust e ne dispone conformemente all'atto di trust e alle disposizioni di legge.</p> <p>² In tutti gli affari del trust può, in proprio nome e in quanto trustee, stare in giudizio come attore o convenuto, escutere o essere escusso.</p> <p>³ Risponde solo con il patrimonio del trust per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee.</p> <p>⁴ Salvo disposizione contraria dell'atto di trust, il trustee esercita di persona la sua funzione, a meno che le circostanze gli impongano di trasferirla a un terzo.</p> <p>⁵ Se vi sono più trustee, i loro rapporti sono organizzati come segue:</p> <p>1. sono proprietari in comune dei beni in trust;</p>	<p>La responsabilità personale del <i>trustee</i> in relazione alle obbligazioni del <i>trust</i> è in contrasto con la logica della segregazione perseguita dall'avamprogetto. Si ritiene quindi più coerente con il corpo del <i>trust</i> istituito dall'avamprogetto eliminare questa fonte di responsabilità personale del trustee. Egli risponde quindi con il suo patrimonio personale soltanto per le violazioni dei suoi doveri di diligenza e fedeltà quale trustee secondo gli artt. 97 CO segg. Da un profilo di politica legislativa, si ritiene inoltre che la responsabilità personale del <i>trustee</i> in connessione con le obbligazioni assunte dal <i>trust</i> aggravi eccessivamente la posizione del <i>trustee</i>, con il rischio di rendere sfavorevole la localizzazione in Svizzera di attività di <i>trustee</i>.</p>

	<p>2. prendono le decisioni all'unanimità, salvo disposizione contraria dell'atto di trust;</p> <p>3. rispondono solidalmente per le obbligazioni che risultano dalle disposizioni dell'atto di trust e dalla legge.</p>	
Art. 529h	<p>¹ Il trustee deve agire in modo diligente e leale nell'interesse esclusivo del o dei beneficiari.</p> <p>² In particolare deve:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. eseguire gli obblighi risultanti dall'atto di trust e dalla legge con la diligenza che si può ragionevolmente attendere da lui in considerazione delle sue qualità personali e della sua attività professionale; 2. allestire un inventario degli attivi e dei passivi dei beni in trust al momento della costituzione del trust; 3. tenere la contabilità delle entrate e delle uscite e la contabilità della situazione patrimoniale del trust secondo l'articolo 957 capoverso 2; <p>³ Salvo disposizione contraria dell'atto di trust, il Il trustee inoltre deve:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. agire in modo indipendente dal disponente; 2. evitare qualsiasi conflitto d'interesse nell'ambito della sua funzione; segnatamente non deve accettare per sé o per terzi vantaggi diversi dalla mercede per le prestazioni svolte né sfruttare informazioni; 	<p>Si considera, in maniera analoga a quanto prescritto nei rapporti di mandato, incompatibile con i precetti di diligenza e lealtà, la possibilità di ricevere vantaggi economici oltre a quelli consistenti in un'adeguata remunerazione dei servizi svolti.</p> <p>In ambito MIFID II vige inoltre un divieto assoluto di percepire retrocessioni. Se da una parte la MIFID II non si riferisce al trust ma a servizi finanziari, essa esprime uno standard riconosciuto in ambito europeo sulla concretizzazione dei doveri di indipendenza.</p>

	<p>3. agire in modo imparziale se vi sono più beneficiari e tenere adeguatamente conto dei loro diversi interessi;</p> <p>4. detenere i beni in trust separatamente dal suo patrimonio personale;</p> <p>5. investire i beni in trust disponibili in modo diligente e prudente nell'interesse dei beneficiari.</p>	
Art. 529p	<p>¹ Salvo disposizione contraria dell'atto di trust, il trustee deve restituire tutti i beni o vantaggi acquistati o ricevuti per qualsiasi motivo nell'esercizio della sua funzione.</p> <p>² Se, in violazione delle disposizioni dell'atto di trust, i beni in trust hanno contribuito ad acquistare, migliorare o conservare beni di un altro patrimonio distinto del trustee, sussiste, nei confronti di tale patrimonio, un diritto di chiedere la restituzione del contributo e di un'eventuale parte del plusvalore.</p>	Cfr. sopra ad art. 529g AP-CO.
Art. 529t	<p>¹ L'atto di trust può conferire al disponente, al trustee o a un guardiano la facoltà di modificare le disposizioni dell'atto medesimo, in particolare per quanto concerne i beneficiari, il fine perseguito, il diritto applicabile e il foro o la competenza di un tribunale arbitrale.</p> <p>² Se il trust persegue uno scopo pubblico o di utilità pubblica,</p>	Confronta per analogia la disposizione di cui agli articoli 86 cpv. 1 e 86a cpv. 1 CC sulla possibilità di adattare lo scopo delle fondazioni.

	<p>anche il nuovo fine dev'essere pubblico o di utilità pubblica ai sensi dell'Art. 56 lett. g LIFD.</p> <p>³ Le modifiche delle disposizioni dell'atto di trust richiedono la forma scritta.</p> <p>⁴ Il trustee può inoltre modificare il fine perseguito dal trust se tale fine ha assunto un carattere, o sortito un effetto, affatto diverso da quello che aveva in origine, cosicché il trust manifestamente non corrisponda più all'intenzione del disponente.</p>	
--	---	--



ASSOCIATION SUISSE DES EXPERTS
FISCAUX DIPLÔMÉS
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG
DIPLOMIERTER STEUEREXPERTEN

zz@bj.admin.ch

Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz-
und Polizeidepartements EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 30. April 2020

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir beziehen uns auf das am 12. Januar 2022 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts).

Die Schweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten / Association Suisse des Experts fiscaux Diplômés (SVDS / ASEFiD) wurde mit Ihrem Begleitschreiben vom 12. Januar 2022 eingeladen zum Vorentwurf und den Ausführungen im Erläuternden Bericht vom 12. Januar 2022 zur Trust-Vorlage (nachfolgend "**Erläuternder Bericht**") Stellung zu nehmen, wofür wir uns bei Ihnen bedanken.

Der SVDS nimmt nachfolgend ausschliesslich zum steuerlichen Teil der Vernehmlassungsvorlage Stellung, verbleibt damit in seinem Kompetenzbereich und in demjenigen seiner Mitglieder.

1. Regelungsbedarf, Regelungskompetenz und Verfassungsmässigkeit

Die Besteuerung hinsichtlich der errichteten Trusts soll entsprechend der Funktion des Trusts erfolgen. Um nicht mit der Rechtsform der Stiftung zu konkurrenzieren, schliesst der zivilrechtliche Teil der Vorlage die Errichtung von karitativen Trusts und anderer *purpose trusts* bewusst aus. Der Gesetzgeber hat sich hinsichtlich der Besteuerung der Trusts demnach ausschliesslich noch Gedanken zur Besteuerung hinsichtlich der errichteten *private trust* und der *commercial trust* zu machen. Sollte der Gesetzgeber die Besteuerung von Trusts durch ein Gesetz

regeln hat er die karitativen Trusts und die *purpose trusts* konsequent von der jeglicher Besteuerung auszunehmen.

Da *private trusts* in der Regel zur Nachlassplanung eingesetzt werden, hat der Bund auf eine steuerliche Regelung zu verzichten und diese den im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuern autonomen Kantonen zu überlassen. Jeder Versuch des Bundes die *private trusts* steuerlich zu regeln, greift mittel- oder unmittelbar in das den Kantonen vorbehaltene Erbschafts- und Schenkungssteuersubstrat ein und hat zu unterbleiben, es sei denn der Bund beabsichtige eine mehrfache steuerliche Belastung der *private trusts*, was diese entgegen der Absicht des Gesetzgebers unattraktiv macht.

Wohl weil die *commercial trusts* eine untergeordnete Rolle spielen verzichtet der Bund diese andersartig zu regeln als die *private trusts*. Damit sollen Trusts mit wirtschaftlich unterschiedlicher Funktion gleich besteuert werden. Besonders störend ist, dass die Gesetzesvorlage vorsieht, dass auch bei *commercial trusts* bereits Anwartschaften am Ort der unbeschränkten Steuerpflicht des jeweiligen beneficiaries in der Schweiz besteuert werden und zwar "wie eine Stiftung". Der beneficiary eines trusts realisiert seinen Gewinn oder sein Einkommen erst mit der Ausschüttung an ihn. Eine vorversetzte zusätzliche Besteuerung der Anwartschaft "wie eine Stiftung" führt zu einer doppelten Erfassung desselben Gewinnes bzw. Ertrages, da erstens die Anwartschaft besteuert wird und zweitens die Ausschüttung mit der Gewinn- oder Einkommenssteuer nochmals steuerlich erfasst wird. Zur Wahrung des im Steuerrecht geltenden Realisationsprinzips ist auf die steuerliche Erfassung von Anwartschaften – wie in der Gesetzesvorlage vorgesehen – zu verzichten.

Der Erläuternde Bericht (Seite 84) legt fest, dass die Verfassungskonformität aus Sicht des Bundesrates das prioritäre Kriterium für die Beurteilung der Handlungsoptionen sei. Indes verstösst die Gesetzesvorlage der Besteuerung des Trusts "wie eine Stiftung" offensichtlich gegen Art. 128 der Bundesverfassung, welche festlegt, dass eine Reinertragssteuer von juristischen Personen erhoben werden kann und eine Einkommenssteuer von natürlichen Personen. Der Trust ist gemäss Gesetzesvorlage jedoch weder eine juristische Person noch eine natürliche Person. Erstmals würde mit der gewinnsteuerliche Erfassung des Trusts "wie eine Stiftung" in klarer Missachtung der Bundesverfassung ein Vertragsverhältnis besteuert.

Wir sind der Auffassung, dass hinsichtlich der Besteuerung von Trusts weder ein Regelungsbedarf besteht noch dem eine hinreichende die Regelungskompetenz zukommt und der Gesetzesvorlage keine Verfassungsmässigkeit zukommt. Wollte der Bundesgesetzgeber den Trust steuerliche erfassen, hätte er zunächst die Bundesverfassung zu ändern.

2. Gesetzesvorlage und heutige Praxis zur Besteuerung von Trusts

2.1 Pre-Immigration Trusts

Die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Besteuerung des Trusts macht den Irrevocable Discretionary Trust gegenüber der derzeitigen steuerlichen Behandlung nach dem Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) vom 22. August 2007

sowie Kreisschreiben Nr. 20 der ESTV vom 27. März 2008 ("Trust-Kreisschreiben") der nach ausländischem Recht errichteten Trusts deutlich unattraktiver:

- Die gemäss Trust-Kreisschreiben anerkannte Abschirmwirkung eines vor Zuzug des Settlers errichteten Trusts (sog. "Pre-Immigration-Trust") würde entfallen;
- Die Ausschüttung der eingelegten Substanz eines Irrevocable Discretionary Trust wäre – abweichend vom Trust-Kreisschreiben – stets einkommenssteuerpflichtig.

Dies macht die Schweiz als Zuzugsstaat für einen Settlor bzw. Beneficiaries eines Irrevocable Discretionary Trust gegenüber der derzeitigen Situation deutlich unattraktiver. Dies ist aus unserer Sicht nicht wünschenswert.

Aus den folgenden Gründen ist dies aus unserer Sicht die überzeugendste Lösung:

- Die geltende Praxis gemäss Trust-Kreisschreiben hat sich im Grossen und Ganzen bewährt, es besteht kein eigentlicher Handlungsbedarf;
- Die Attraktivität der Schweiz als Zuzugsstaat von natürlichen Personen, welche Settlor oder Beneficiaries eines Irrevocable Discretionary Trusts sind, bleibt gewahrt;
- Der Umgang der einzelnen Kantone bei der Besteuerung von Trusts kennt viele Eigenheiten. Diese ist u.a. auch dadurch bedingt, dass sich die steuerlichen Rahmenbedingungen betreffend Pauschalbesteuerung sowie Erbschafts- und Schenkungssteuern von Kanton zu Kanton unterscheiden. Zudem sind die kantonalen Unterschiede auch historisch bedingt. Es wäre unseres Erachtens nicht angezeigt, die kantonale Autonomie bei der Praxis zur Besteuerung von Trusts zu beschneiden und damit den in dieser Frage bewährten Föderalismus zu beschneiden.
- Mit der Regelung auf Stufe eines Kreisschreibens kann flexibler auf Rechtsentwicklungen reagiert werden. Zudem ist diese Vorgehensweise auch weniger anfällig für allfällige Missbräuche.
- Der Trust ist ein äusserst vielseitig einsetzbares Rechtsinstitut. Die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Steuerfolgen orientiert sich offensichtlich am Private Trust und passt nicht unbedingt auf andere Verwendungszwecke des Trusts (wie insbesondere den Charity Trust).
- Die für den Trust angedachten Sonderregeln zur steuerlichen Ansässigkeit führen dazu, dass dieser im Vergleich zur Familienstiftung unattraktiver wird. Damit wird gegen den Grundsatz der rechtsformneutralen Besteuerung verstossen.

2.2 Binnentrusts

Wird ein Trust durch einen Settlor mit unbeschränkter Steuerpflicht in der Schweiz errichtet, sieht das Trust-Kreisschreiben eine Weiterbesteuerung beim Settlor im Falle eines Irrevocable Discretionary Trust vor. Diese Regelung wird von einem Teil der Lehre als verfassungswidrig

erachtet, weil sie gegen den Grundsatz der Besteuerung nach wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstosse (Art. 127 Abs. 2 BV). Nach langjähriger Anwendung des Trust-Kreisschreibens scheint diese Praxis in der Praxis indes keine verfassungsrechtlichen Probleme zu verursachen. Die Problemlosigkeit dürfte daran liegen, dass sich der Settlor sich durch die Errichtung seinen Binnentrusts eines Teils seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entledigt. Die in der Regel professionell beratenen Settlors planen bei der Errichtung des Trusts die Höhe der zukünftig auf sie zukommenden Steuerlasten ein, so dass sie sich nicht in Zuwiderhandlung gegen das frühere Verhalten auf eine Verfassungswidrigkeit berufen müssen, die ihnen aufgrund ihres eigenen widersprüchlichen Verhaltens wohl nicht mehr zukommen kann.

3. Konkrete Beurteilung der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen

Obwohl wir der Auffassung sind, dass auf eine Regelung der Besteuerung von Trusts in DBG, StHG und VStG zu verzichten ist (vgl. dazu oben Ziff. 3.4), nehmen wir im Folgenden dennoch zu den vorgeschlagenen Gesetzesartikeln Stellung.

3.1 Revocable Trust (Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG)

Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG verankern im Wesentlichen die (grundsätzlich bewährte) Praxis zur Besteuerung von Revocable Trusts. Die Zurechnung an den Settlor ist u.E. sachgerecht.

Die Abgrenzung vom Irrevocable Discretionary Trust ist von grosser praktischer Bedeutung. Diesbezüglich kommt dem in Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG verwendeten Begriff der "endgültigen Veräusserung" entscheidende Bedeutung zu. Mangels Legaldefinition wird die Ausfüllung dieses Begriffs der Praxis überlassen.

Das Trust-Kreisschreiben versteht den Begriff der "endgültigen Veräusserung" sehr eng, was in der Literatur u.E. zu Recht kritisiert wird. So erscheint eine Zurechnung des Trustvermögens an den Settlor, der sich jeglicher Einwirkungsmöglichkeiten auf den Trust entledigt, selbst dann nicht sachgerecht, wenn der Settlor zu den Ermessensbegünstigten gehört. Auch ist eine Zurechnung an den Settlor immer dann fragwürdig, wenn er zwar das Recht hat, den Trustee abzurufen, selbst aber nicht zu den Beneficiaries gehört.

Während die Zurechnung an den Settlor eines Revocable Trusts nach h.L. gestützt auf die Steuerumgehung bzw. Rechtsmissbrauch erfolgt, wäre dies nach Art. 10a Abs. 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 1 nStHG nicht mehr erforderlich. Diese Bestimmungen sehen vielmehr die wirtschaftliche Betrachtungsweise vor. Damit liesse sich die Praxis unter dem Trust-Kreisschreiben weiterführen und zugleich auf eine solide gesetzliche Basis stellen, was u.E. auch geboten wäre.

3.2 Irrevocable Fixed Interest Trust (Art. 10a Abs. 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 nStHG)

Art. 10a Abs. 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 nStHG verankern im Wesentlichen die (grundsätzlich bewährte) Praxis zur Besteuerung von Irrevocable Fixed Interest Trusts. Die anteilmässige Zurechnung an die Beneficiaries ist sachgerecht und lässt sich mit nutzniessungsrechtlichen Überlegungen begründen.

Entscheidend ist auch hier die Abgrenzung des Irrevocable Fixed Interest Trust zum Irrevocable Discretionary Trust. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob die Beneficiaries über "Ansprüche" (und nicht bloss über Anwartschaften) verfügen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG müssen sich diese Ansprüche auf das Trustvermögen richten. Eine wortgetreue Umsetzung von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG würde den Anwendungsbereich des Irrevocable Fixed Interest Trust (zugunsten des Irrevocable Discretionary Trust) gegenüber der geltenden Verwaltungspraxis einschränken, denn gemäss Trust-Kreisschreiben genügen Ansprüche auf die *Einkünfte* des Trusts (vgl. Ziff. 3.7.2 Trust-Kreisschreiben).

Im Lichte der Ausführungen im Erläuternden Bericht scheint dies wohl ein gesetzgeberisches Versehen zu sein. Dieser geht in Übereinstimmung mit dem Trust-Kreisschreiben nämlich davon aus, dass ein Fixed Interest Trust vorliegt, wenn der Trustee «keine Ermessensfreiheit bei der Zuteilung des Einkommens aus dem Trustvermögen und/oder Vermögenswerte des Trusts» besitzt (S. 115). Dies deutet darauf hin, dass auch nach Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG Ansprüche auf das Trusteinkommen für eine Qualifikation als Irrevocable Fixed Interest Trust genügen sollen. Wenn dies der gesetzgeberische Wille ist, sollte dies auch im Wortlaut von Art. 10a Abs. 2 lit. b nDBG sowie Art. 6a Abs. 2 lit. b nStHG reflektiert werden. Im Übrigen würde der jetzige Vorschlag in Konflikt mit Art. 13 Abs. 2 StHG stehen, wonach Nutzniessungsvermögen steuerlich dem Nutzniesser (der ja nur am Ertrag und nicht auch an der Substanz berechtigt ist) zuzurechnen ist.

3.3 Irrevocable Discretionary Trust (Art. 10a Abs. 3 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 nStHG)

Ein vollständiger Bruch mit den Besteuerungsregeln gemäss Trust-Kreisschreiben erfährt dagegen der Irrevocable Discretionary Trust, welcher gemäss Art. 10a Abs. 3 Satz 1 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 1 nStHG neu wie eine Stiftung besteuert werden soll. Dies gilt nicht bloss für durch einen inländischen Settlor errichtete Trusts, sondern (ab Inkrafttreten von Art. 10a Abs. 3 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 nStHG) auch für durch einen im Ausland ansässigen Settlor errichtete Trusts. Wenngleich dieser Vorschlag aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, führt er zu einer Beeinträchtigung der Standortattraktivität der Schweiz als Zuzugsstaat, weshalb davon abzusehen ist (vgl. oben Ziff. 2).

Wenn der Gesetzgeber aber an der Gleichbehandlung des Trusts mit der Stiftung festhalten sollte, müsste sich die Gleichbehandlung auch auf die subjektive Steuerpflicht

(Aussensteuerrecht) erstrecken. Eine Stiftung ist gemäss Art. 50 DBG sowie Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StHG in der Schweiz nämlich nur dann unbeschränkt steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung in der Schweiz befindet.

Art. 10a Abs. 3 Satz 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 2 nStHG stellen demgegenüber nicht auf den Sitz oder den Ort der tatsächlichen Verwaltung, sondern primär darauf ab, dass mindestens ein Beneficiary in der Schweiz aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig ist. Dies stellt einen Bruch mit dem System von Art. 50 DBG sowie Art. 20 Abs. 1 Satz 1 StHG dar, welcher steuersystematisch nicht zu begründen ist. Hinzu kommt, dass der Trust dadurch im Vergleich zur Familienstiftung an steuerlicher Attraktivität verliert, was im Widerspruch zum Grundsatz der rechtsformneutralen Besteuerung steht.

Heikel erscheint auch die subsidiäre Regel von Art. 10 Abs. 4 nDBG bzw. Art. 6a Abs. 4 nStHG. Gemäss dieser Bestimmung wird das Trustvermögen dem Settlor zugerechnet, wenn das Besteuerungsrecht der Schweiz nach Art. 10a Abs. 3 Satz 2 nDBG sowie Art. 6a Abs. 3 Satz 2 nStHG durch ein anwendbares Doppelbesteuerungsabkommen verdrängt wird. Auch wenn diese Bestimmung u.E. mit den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen grundsätzlich kompatibel ist, ist sie im Lichte der internationalen Courtoisie nicht ganz unproblematisch. Die Schweiz hat bisher vor solchen Regelungen, mit denen letztlich der Sinn und Zweck der Verteilungsnormen der Doppelbesteuerungsabkommen ad absurdum geführt werden, zu Recht Abstand genommen. Von dieser Haltung sollte auch mit Bezug auf den Trust nicht abgewichen werden.

Die Regelung von Art. 10a Abs. 3 nDBG bzw. Art. 6a Abs. 3 nStHG orientiert sich offensichtlich am Private Trust. Vom Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 3 nDBG sind aber sämtliche Arten von Trusts, d.h. auch Commercial Trusts sowie Charitable Trusts umfasst. Es wäre klarerweise verfehlt, wenn z.B. ein US Charitable Trust in der Schweiz anteilig für sein Einkommen und Vermögen steuerpflichtig wird, nur weil er eine Ausschüttung an einen Beneficiary mit Wohnsitz/Sitz in der Schweiz tätigt. Dies würde dazu führen, dass von Ausschüttungen an Schweizer Empfänger bewusst abgesehen wird, was nicht zuletzt den Forschungsstandort Schweiz benachteiligen würde.

3.4 Besteuerung von Zuwendungen aus Trusts und Stiftungen (Art. 24 lit. a nDBG sowie Art. 7 Abs. 4 lit. c nStHG)

Für die Abgrenzung von steuerbarem Einkommen und einkommenssteuerfreier Erbschaft bzw. Schenkung ist gemäss Art. 24 lit. a nDBG sowie Art. 7 Abs. 4 lit. c nStHG auf den Zuwendungswillen derjenigen Person abzustellen, welcher die zugewendeten Vermögenswerte vorher steuerlich zugerechnet wurden. Dies wird nicht nur für den Trust, sondern (neu) auch für die Stiftung so festgehalten.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Ausschüttungen aus einem Revocable Trust (nicht aber eines Irrevocable Trusts sowie einer Stiftung) eine einkommenssteuerfreie Zuwendung darstellen können. Dies ist grundsätzlich sachgerecht.

Die Erfassung von Leistungen eines Irrevocable Discretionary Trusts bzw. einer Stiftung mit der Einkommenssteuer beim Beneficiary ist im Grundsatz richtig, sollte aber nicht die Ausschüttung von eingelegter Substanz umfassen. Wird eingelegte Substanz ausgeschüttet, wäre es sachgerechter, auf eine mittelbare Zuwendung des Settlors resp. des Stifters zu schliessen. Eine mittelbare Schenkung deswegen, weil der Begründer die Einlage in den Trust gewissermassen mit der «Auflage» macht, diese zweckkonform zu verwenden bzw. den Beneficiaries weiterzuleiten und die Einlage ja bereits bei der Errichtung als Schenkung oder erbrechtliche Zuwendung behandelt wurde. Dies stellt eine Verschärfung gemäss der geltenden Praxis dar. Gemäss Ziff. 5.2.3 Trust-Kreisschreiben wird die einkommenssteuerfreie Ausschüttung von eingelegter Substanz beim Irrevocable Discretionary Trust zugelassen.

Auf die Neuregelung ist u.E. zu verzichten, da sie – wie aufgezeigt – zu einer Überbesteuerung führt: Schenkungssteuer oder Erbschaftssteuer bei der Einlage (in der Regel zum Maximalsatz) und Einkommenssteuer bei der Ausschüttung. Hinzu kommt, dass der Bundesgesetzgeber in fragwürdiger Weise in die kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuerkompetenz eingreift. Es ist nicht nachvollziehbar (und lässt sich auch dem Erläuternden Bericht nicht schlüssig entnehmen), weshalb die bisherige Praxis, welche zu einem sachgerechten Ergebnis führt, nicht in Art. 24 lit. a nDBG aufgenommen wurde. Dasselbe sollte übrigens richtigerweise auch bei (Familien-)Stiftungen gelten.

3.5 Solidarhaftung (Art. 55 nDBG)

Art. 55 nDBG (nicht aber das StHG) sieht eine der Höhe nach nicht beschränkte solidarische Haftung eines in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Settlors bzw. Begünstigten vor. Dies erscheint unbillig und verfassungsrechtlich problematisch. Sachgerechter wäre es, die Haftung der Beneficiaries auf die Höhe ihrer Zuwendungen z.B. in der betreffenden Steuerperiode zu beschränken und jene des Settlors gänzlich auszuschliessen. Mit dem Widmungsakt hat sich der Settlor beim Irrevocable Discretionary Trust ja endgültig seines Vermögens begeben.

3.6 Übergangsrecht (Art. 205g und 207g nDBG sowie Art. 78h StHG)

Art. 205g und 207g nDBG sowie Art. 78h StHG sehen ein Grandfathering des "bisherigen Rechts" für vorbestehende Trusts vor. Dies ist im Lichte der Rechtssicherheit zu begrüessen. Gemäss Erläuterndem Bericht soll mit "bisherigem Recht" die "geltende Praxis gemäss Kreisschreiben" gemeint sein. Dies sollte auch im Gesetzeswortlaut klargestellt werden.

Das Grandfathering von Art. 205g nDBG und Art. 207c nDBG ist dagegen gemäss Art. 205g Satz 2 nDBG nicht anwendbar auf Trusts, denen der Settlor nach der Errichtung «Sachen, Forderungen oder andere Vermögenswerte zuwidmet». Hier mag sich die Frage stellen, ob bereits die Zuwidmung von CHF 1 zu einem Regimewechsel führen soll.

3.7 Rückerstattung der Verrechnungssteuer (Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG)

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG soll eine in der Schweiz ansässige Person zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Erträgen aus Trustvermögen berechtigt sein, wenn ihm diese nach Artikel 10a oder 67a DBG zugerechnet werden. Die Bestimmung ist insofern bemerkenswert, als dass hier auf die Zurechnung nach dem Recht der direkten Steuern und nicht auf die Zurechnung aus Sicht der Rückerstattung der Verrechnungssteuer Bezug genommen wird. Dies bereitet insbesondere bei direktsteuerlich transparent behandelten Underlying Companies Schwierigkeiten, da diese gemäss bisheriger Verwaltungspraxis sowie bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGer, 4.2.2020, 2C_344/2018, E. 3.4.2) für die Zwecke der Rückerstattung der Verrechnungssteuer als intransparent behandelt wurden.

Im Ergebnis würde Art. 21 Abs. 1 lit. a^{bis} nVStG dazu führen, dass mit Bezug auf von Underlying Companies gehaltene Vermögenswerte unterschiedliche Regeln der Zurechnung für die Rückerstattung nach VStG bzw. nach einem Doppelbesteuerungsabkommen gelten. Dies ist nicht sachgerecht.

Fazit

Die vorgeschlagene Neuregelung der Trustbesteuerung ist verfassungswidrig, scheint nicht nur unausgegoren, sondern würde dem Trust-Standort Schweiz voraussichtlich grossen Schaden zufügen. Für eine gesetzliche Regelung besteht kein Regelungsbedarf, es sollte daher am status quo, der sich bislang bewährt hat, nichts verändert werden.

Ihrem Wunsch entsprechend reichen wie die Vernehmlassung elektronisch als pdf (unterzeichnet) und im Word-Format (Rohtext zur weiteren Verwendung) ein.

Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten

Olivier Weber

Präsident SVDS | Rechtsanwalt | diplomierter Steuerexperte

Par e-mail

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Département fédéral de justice et police

Neuchâtel, le 2 mai 2022

Introduction du trust (modification du code des obligations)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de l'invitation à participer à la procédure de consultation relative à l'objet cité en marge. Dans le délai qui lui est imparti, l'ASM se détermine comme suit sur les modifications projetées.

Les questions à trancher par un tribunal en rapport avec la nouvelle figure juridique du trust seront certainement, pour l'essentiel, l'affaire de tribunaux arbitraux (voir l'art. 529w AP-CO et le commentaire corrélatif figurant dans le rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 12 janvier 2022, p. 103). Par voie de conséquence, le Tribunal fédéral – s'il est appelé à se prononcer sur un recours contre une sentence arbitrale – ne disposera que d'un pouvoir d'examen très restreint (en matière d'arbitrage interne, cf. art. 393 CPC; en matière d'arbitrage international, cf. art. 190 LDIP). Il pourra exercer son rôle premier, qui est d'assurer l'application uniforme du droit fédéral et de garantir les droits fondamentaux, uniquement dans la mesure où il est saisi de recours contre un jugement d'une juridiction civile ordinaire.

Cette réflexion mise à part, l'avant-projet de modification du CO n'appelle pas de remarque particulière, même s'il soulève des questions épineuses (voir le rapport explicatif p. 28 ch. 1.3.1; également, p. 74 s. ch. 5.1.4.4 et p. 113 ch. 8.1 in fine).

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Marie-Pierre de Montmollin


Présidente

Marie-Chantal May Canellas


Membre du comité

An das
Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Zürich/Genf, 19. April 2022

Stellungnahme von SwissFoundations, dem Verband der Schweizer Förderstiftungen zur Einführung eines Schweizer Trusts

Sehr geehrte Damen und Herren

2001 gegründet, zählt SwissFoundations als Verband der Schweizer Förderstiftungen heute über 200 Mitglieder, die über ein Drittel aller jährlichen Stiftungsausschüttungen in der Schweiz verantworten. Unsere Mitglieder investieren jährlich mehr als CHF 1 Mrd. in gemeinnützige Projekte und Initiativen im In- und Ausland.

Wir danken für die Möglichkeit, uns im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Einführung eines Schweizer Trusts zu äussern und nehmen gerne fristgerecht wie folgt Stellung.

Chronologie

- Am 26. April 2018 reichte die RK-SR die Motion «Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung» (18.3383) ein und beauftragte damit den Bundesrat, die rechtlichen Grundlagen für einen Schweizer Trust zu schaffen.
- Die im Jahr 2018/2019 durchgeführte Regulierungsfolgenabschätzung stellt zwar kein Markt-, aber ein Regulierungsversagen fest.
- In Umsetzung der Motion 18.3383 veröffentlichte der Bundesrat am 12. Januar 2022 einen Vorentwurf samt erläuterndem Bericht und eröffnete gleichzeitig die Vernehmlassung bis zum 30. April 2022.

Vorbemerkungen

Die liberalen Rahmenbedingungen in der Schweizer Gesetzgebung sind Grundlage für den Erfolg des Schweizer Stiftungsstandortes. Mit über 13'500 gemeinnützigen Stiftungen und einem freiwillig aufgebauten Stiftungsvermögen von CHF 100 Mrd. nimmt die Schweiz eine Spitzenposition ein. In der Schweiz gibt es pro Kopf sechsmal mehr Stiftungen als in den USA oder in Deutschland.

Wir sind überzeugt, privates philanthropisches Engagement ist ein Erfolgsfaktor der Schweiz. Dabei spielen gemeinnützige Förderstiftungen eine wichtige Rolle. Mit ihrer Expertise und ihren finanziellen Ressourcen sind sie eine unabhängige Kraft, die neben Staat und Wirtschaft zur gesellschaftlichen Problemfindung und Problemlösung beiträgt. Dies zeigt sich gerade auch in der aktuellen Krise.

Als Stimme der Schweizer Förderstiftungen setzt sich SwissFoundations für den Schutz der Stifterfreiheit und die Wirksamkeit des Stiftungsstandortes ein. Liberale politische Rahmenbedingungen und eine positive Wahrnehmung von Stiftungen in der Öffentlichkeit gehören zu den Voraussetzungen hierfür, ebenso wie

eine wirkungsorientierte, professionelle und transparente Fördertätigkeit von Stiftungen. Mit dem Swiss Foundation Code setzt SwissFoundations entsprechende Standards.

Unter Konsultation unseres Legal Councils, das sich aus sechs renommierten Stiftungs- und Steuerrechtsexperten zusammensetzt (Dr. Harold Grüninger, Prof. Dr. Dominique Jakob, Dr. Benoît Merkt, Prof. Dr. Andrea Opel, Dr. Dr. Thomas Sprecher, Prof. Dr. Parisima Vez), möchten wir mit dieser Stellungnahme aufzeigen, dass die Einführung eines Schweizer Trusts nicht die Rechtsform Stiftung konkurrenzieren darf.

Der Schweizer Trust im Vorentwurf vom 12. Januar 2022

Der Trust ist die Zuwendung von Vermögenswerten durch einen oder mehrere Begründer zu einem Sondervermögen, das von einem oder mehreren Trustees im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet wird (Art. 529a Abs. 1 VE-OR). **Die Stiftung** ist ein Vermögen, das vom Stifter einem bestimmten Zweck gewidmet wird und als eigenständige Rechtsperson zu einem sog. personifizierten Zweckvermögen wird.

Zwischen Stiftungen und Trusts bestehen gewisse Unterschiede: Im Gegensatz zur Stiftung ist der Trust z.B. keine juristische Person, sondern ein Rechtinstitut sui generis, das im Ausland verbreitet ist, aber in Schweiz bisher kein Vorbild hat. Während die Stiftung von Gesetzes wegen nicht befristet ist, kann der Trust nur für eine beschränkte Dauer von höchstens 100 Jahren errichtet werden (Art. 529u VE-OR).

Stiftungen und Trusts weisen jedoch auch Gemeinsamkeiten auf: Sowohl Stiftungen als auch Trusts werden durch einseitige Willenserklärung errichtet. Bei beiden kommt das Vermögen bestimmten Begünstigten zugute. Zudem können Stiftungen und Trusts zur Nachlass- und Vermögensplanung eingesetzt werden.

Position von SwissFoundations

Bei der Einführung eines Schweizer Trusts ist darauf zu achten, dass sich dieses neue Rechtsinstitut harmonisch in die Reihe der bestehenden Rechtsformen einfügt. Insbesondere soll der Schweizer Trust *nicht* zur Konkurrenz für die über 13'500 Schweizer Stiftungen bzw. primär für die *gemeinnützigen* Förderstiftungen werden.

1. Allfällige Konkurrenz zwischen Stiftungen und Trusts

Auf eine allfällige Konkurrenz zwischen Stiftungen und Trusts geht der erläuternde Bericht auf S. 3 ein. «Einzig die Errichtung karitativer Trusts und anderer purpose trusts wird im Vorentwurf ausgeschlossen, um nicht mit der Rechtsform der Stiftung zu konkurrieren, die einen sehr guten Ruf genießt und die verschiedenen Bedürfnisse in diesem Bereich zu erfüllen scheint.»

Auf S. 61 wird es spezifischer, indem ausgeführt wird, dass «... der Trust auch nicht für gemeinnützige Organisationen als alternatives Rechtskonstrukt anstelle der Stiftung in Betracht [kommt]. Diesbezüglich entspricht die Stiftung offenbar den Bedürfnissen der verschiedenen Akteure, sodass dafür die Einführung eines konkurrierenden Rechtskonstrukts, jedenfalls im Moment, nicht wünschbar ist.». Zu den zulässigen Zwecken siehe Ziff. 2.

SwissFoundations ist der Meinung, dass der Trust die Rechtsform der Stiftung im Allgemeinen nicht konkurrieren darf. Die Stiftung entspricht im oben genannten Zusammenhang bereits den Bedürfnissen der verschiedenen Akteure. Damit dies auch nach der Einführung eines Schweizer Trusts so bleibt, ist es essenziell, dass der Trust nicht in Wettstreit zu Stiftungen steht. Dies soll *auch für die Zukunft* und nicht nur für den Moment, wie im erläuternden Bericht angesprochen, beachtet werden. Die Reputation der Stiftung darf nicht gefährdet werden.

2. Verwendung von Trusts als gemeinnützige Vehikel?

Der Vorentwurf enthält keine explizite Bestimmung zu zulässigen Zwecken eines Schweizer Trusts. Die Definition in Art. 529a Abs. 1 VE-OR bzw. die dortige Formulierung «... im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet» stellt indes ausdrücklich klar, dass Trusts im Interesse von Begünstigten errichtet werden müssen. Folglich ist die Errichtung eines reinen *purpose trusts* nicht zulässig. Ein solcher *purpose trust* liegt vor, wenn ein Trust lediglich zu einem Zweck, aber ohne identifizierbare Begünstigte errichtet wird.

Durch das Verbot der *purpose trusts* werde jedoch gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgeschlossen, dass ein Trust eine gemeinnützige Zielrichtung haben kann. Eine gemeinnützige Organisation oder Institution könne demnach als Begünstigte eines Trusts bezeichnet werden, sodass der Trust mittelbar auch einem gemeinnützigen Zweck dienen könne. Abgesehen vom Verbot der karitativen Trusts und anderer *purpose trusts* sieht der Vorentwurf mit Blick auf den Trustzweck keine weiteren Beschränkungen vor.

Die soeben dargestellten *Beschränkungen für den Trustzweck sind beizubehalten*. SwissFoundations spricht sich klar gegen eine Öffnung der jetzt ausgeschlossenen Trustzwecke aus. Eine solche Einschränkung ist, wie bereits der erläuternde Bericht auf S. 3 erwähnt, wesentlich, damit keine Konkurrenz zwischen Stiftungen und Trusts entsteht. Essenziell ist überdies, dass auch von aussen (insbesondere in angelsächsischen Ländern) erkannt wird, dass Stiftungen und Trusts in der Schweiz nicht die gleichen Zwecke bzw. Ziele verfolgen können.

3. Familienstiftung

Eine Änderung des Stiftungsrechts zu einem späteren Zeitpunkt, namentlich im Bereich der Familienstiftungen, wird gemäss erläuterndem Bericht nicht ausgeschlossen bzw. der Bundesrat steht dem sogar offen gegenüber.

Um die bestehenden Planungsbedürfnisse zu adressieren, wäre es einfacher, die Schweizer Familienstiftung bzw. Art. 335 ZGB zu modernisieren, statt einen Schweizer Trust einzuführen. Eine Einführung eines Schweizer Trusts ohne Revision des Art. 335 ZGB und ohne eine damit einhergehende Liberalisierung der Familienstiftung würde zu schwerwiegenden Wertungswidersprüchen führen. SwissFoundations ist daher der Ansicht, dass (auch) Art. 335 ZGB dringend eine Revision erfahren muss.

Fazit

SwissFoundations ist der Ansicht, dass ein Schweizer Trust harmonisch in die bestehende Rechtsordnung eingefügt werden muss. Er darf nicht so ausgestaltet werden, dass er zur Konkurrenz oder zur Alternative insbesondere zu den gemeinnützigen Stiftungen wird. Zudem ist eine Erweiterung der zulässigen Trustzwecke nicht anzustreben. Schliesslich soll auch Art. 335 ZGB revidiert werden, um grosse Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen



Julia Jakob
Co-Geschäftsführerin SwissFoundations



Ivana Savanovic
Projektmanagerin Recht & Politik SwissFoundations

À l'attention du
Département fédéral de justice et police

Zurich/Genève, 19 avril 2022

Prise de position de SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses, sur l'introduction d'un trust suisse

Mesdames et Messieurs

Association des fondations donatrices suisses créée en 2001, SwissFoundations compte aujourd'hui plus de 200 membres et représente plus d'un tiers des fonds attribués par les fondations d'utilité publique en Suisse. Nos membres investissent chaque année plus d'un milliard de francs suisses dans des projets et initiatives d'utilité publique, en Suisse et à l'étranger.

Nous sommes reconnaissants de la possibilité de nous exprimer dans le cadre de la procédure de consultation sur l'introduction d'un trust suisse et nous prenons position comme suit dans les délais impartis.

Chronologie

- Le 26 avril 2018, la CAJ-CE a déposé la motion «Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse» (18.3383), chargeant ainsi le Conseil fédéral de créer les bases légales permettant l'introduction d'un trust suisse.
- L'analyse d'impact de la réglementation 2018/2019 n'a pas constaté de dysfonctionnement du marché, mais un dysfonctionnement de la réglementation.
- En application de la motion 18.3383, le Conseil fédéral a publié le 12 janvier 2022 un avant-projet accompagné d'un rapport explicatif et a simultanément ouvert la procédure de consultation jusqu'au 30 avril 2022.

Remarque préliminaire

Les conditions-cadres libérales de la législation suisse constituent un élément clé de l'essor du secteur des fondations en Suisse. Avec plus de 13'500 fondations d'utilité publique et une fortune de 100 milliards de francs suisses provenant de dons librement consentis, la Suisse occupe une position de leader dans ce domaine. Il y a en Suisse six fois plus de fondations d'utilité publique par habitant qu'aux États-Unis ou en Allemagne.

Nous sommes convaincus que l'engagement philanthropique privé est un facteur de réussite de la Suisse. Les fondations donatrices d'utilité publique jouent un rôle important à cet égard. Grâce à leur expertise et à leurs ressources financières, elles constituent une force indépendante qui contribue, aux côtés de l'État et de l'économie, à la définition et à la résolution des problèmes sociétaux. La crise actuelle en est la preuve.

En tant que porte-parole des fondations donatrices de Suisse, SwissFoundations s'engage en faveur de la protection de la liberté des fondateurs et de l'attractivité de ce secteur. Pour cela, des conditions-cadres libérales et une perception positive des fondations par le public sont nécessaires, tout comme la possibilité

pour les fondations de pratiquer une activité de soutien en faveur de leurs buts, de manière professionnelle et transparente. SwissFoundations définit les standards applicables dans le Swiss Foundation Code.

Après consultation de notre Legal Council, composé de six experts renommés en droit des fondations et en droit fiscal (Dr. Harold Grüninger, Prof. Dr. Dominique Jakob, Dr. Benoît Merkt, Prof. Dr. Andrea Opel, Dr. Dr. Thomas Sprecher et Prof. Dr. Parisima Vez), nous souhaitons démontrer par cette prise de position que l'introduction d'un trust suisse ne doit pas faire concurrence à la forme juridique de la fondation.

Le trust suisse dans l'avant-projet du 12 janvier 2022

Le trust a pour objet l'affectation de valeurs patrimoniales par un ou plusieurs constituants à un patrimoine séparé, détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires (art. 529a, al. 1, AP-CO). **La fondation** est un patrimoine que le fondateur consacre à un but précis et qui, en tant que personne juridique autonome, devient ce que l'on appelle un patrimoine d'affectation personnalisé.

Il existe certaines différences entre les fondations et les trusts : Contrairement à la fondation, le trust n'est pas une personne morale, mais une institution juridique sui generis, qui, si elle est répandue à l'étranger, n'a pas encore de modèle en Suisse. Alors que la fondation n'est pas limitée dans le temps par la loi, le trust ne peut être créé que pour une durée limitée de 100 ans au maximum (art. 529u AP-CO).

Les fondations et les trusts présentent toutefois des points communs : tant les fondations que les trusts sont créés par déclaration unilatérale de volonté. Dans les deux cas, les biens reviennent à des bénéficiaires déterminés. En outre, les fondations et les trusts peuvent être utilisés pour la planification successorale et patrimoniale.

Position de SwissFoundations

Lors de l'introduction d'un trust suisse, il faut veiller à ce que cette nouvelle institution juridique s'intègre harmonieusement au sein des formes juridiques existantes. En particulier, le trust suisse *ne doit pas* devenir un concurrent pour les plus de 13'500 fondations suisses et, en premier lieu, pour les fondations *d'utilité publique*.

1. Concurrence éventuelle entre les fondations et les trusts

Le rapport explicatif aborde la question d'une éventuelle concurrence entre les fondations et les trusts à la p. 3. «Seule la constitution de trusts caritatifs et autres purpose trusts, est expressément exclue par l'avant-projet, ceci pour ne pas concurrencer la forme juridique de la fondation qui jouit d'une très bonne réputation et semble répondre aux besoins des différents acteurs dans ce domaine.»

Le rapport devient plus spécifique à la p. 61 en précisant que «... le trust ne se présente pas comme une construction juridique alternative à la fondation pour les organisations d'utilité publique. Dans ce domaine, la fondation semble répondre aux besoins des différents acteurs et l'introduction d'une construction juridique concurrente ne paraît pas souhaitable, du moins pas pour le moment.». Concernant les objectifs autorisés, voir le point 2.

SwissFoundations est d'avis que le trust ne doit pas concurrencer la forme juridique de la fondation en général. Dans le contexte susmentionné, la fondation répond déjà aux besoins des différents acteurs. Pour qu'il en soit toujours ainsi après l'introduction d'un trust suisse, il est essentiel que le trust ne soit pas en concurrence avec les fondations. Cela doit être pris en compte *pour l'avenir* et pas uniquement pour le moment, comme le mentionne le rapport explicatif. La réputation de la fondation ne doit pas être mise en danger.

2. Une utilisation des trusts comme véhicules d'utilité publique?

L'avant-projet ne contient pas de disposition explicite sur les buts autorisés d'un trust suisse. La définition de l'art. 529a, al. 1, AP-CO et la formulation "... détenu et administré par un ou plusieurs trustees dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires" précisent toutefois expressément que les trusts doivent être constitués dans l'intérêt de bénéficiaires. Par conséquent, la constitution d'un *purpose trust* n'est pas autorisée. Un tel *purpose trust* existe lorsqu'un trust est créé dans un seul but, mais sans bénéficiaires identifiables.

Selon le rapport explicatif, l'interdiction des *purpose trusts* n'exclut toutefois pas qu'un trust puisse avoir un but d'utilité publique. Une organisation ou une institution d'utilité publique peut donc être désignée comme bénéficiaire d'un trust, de sorte que le trust peut également servir indirectement un but d'utilité publique. Hormis l'interdiction des trusts caritatifs et *autres purpose trusts*, l'avant-projet ne prévoit pas d'autres restrictions en ce qui concerne l'objet du trust.

Les restrictions relatives à l'objet du trust qui viennent d'être présentées *doivent être maintenues*. SwissFoundations se prononce clairement contre l'ouverture des buts du trust actuellement exclus. Une telle restriction est essentielle, comme le mentionne le rapport explicatif à la page 3, afin d'éviter toute concurrence entre les fondations et les trusts. Il est en outre essentiel que les autres pays (notamment les pays anglo-saxons) reconnaissent que les fondations et les trusts ne peuvent pas poursuivre les mêmes buts ou objectifs en Suisse.

3. Fondation de famille

Selon le rapport explicatif, une modification ultérieure du droit des fondations, notamment dans le domaine des fondations de famille, n'est pas exclue. Le Conseil fédéral est ouvert à cette idée.

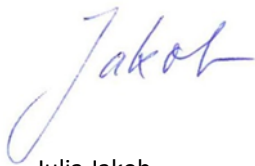
Pour répondre aux besoins de planification existants, il serait plus simple de moderniser la fondation de famille suisse ou l'art. 335 CC plutôt que d'introduire un trust suisse. L'introduction d'un trust suisse sans révision de l'art. 335 CC et sans libéralisation de la fondation de famille qui en découlerait conduirait à des contradictions flagrantes. SwissFoundations est donc d'avis que l'art. 335 CC doit (également) être révisé de toute urgence.

Conclusion

SwissFoundations est d'avis qu'un trust suisse doit s'intégrer harmonieusement dans l'ordre juridique existant. Il ne doit pas être conçu de façon à devenir un concurrent ou une alternative aux fondations d'utilité publique. En outre, il ne faut pas chercher à élargir les buts autorisés pour les trusts. Enfin, l'art. 335 CC doit également être révisé afin d'éviter d'importantes contradictions.

Nous vous remercions de prendre en compte notre prise de position et nos préoccupations.

Avec nos meilleures salutations,



Julia Jakob
Co-Directrice SwissFoundations



Ivana Savanovic
Project manager Droit & Politique SwissFoundations

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

DFJP
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral
Berne

Courriel : zz@bj.admin.ch

Berne, le 25 avril 2022

Introduction du trust (modification du code des obligations). Consultation.

Madame la Conseillère fédérale,
Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de nous donner la possibilité de nous exprimer sur ce projet et c'est bien volontiers que nous vous faisons part de notre avis.

Travail.Suisse, l'organisation faîtière indépendante des travailleurs et travailleuses, soutient une politique fiscale équitable, basée sur l'égalité devant le fisc et le respect du principe de la capacité contributive. Nous rejetons les projets fiscaux qui ont des répercussions négatives sur les bas et moyens revenus ou qui privilégieraient les grands actionnaires et les grandes entreprises et qui auraient comme conséquence de prêter les prestations publiques ou les tâches fondamentales de l'Etat pour le bien commun de tous.

Dans ce contexte général, l'ancrage dans l'ordre juridique suisse du trust nous semble acceptable, étant donné que les trusts existent de facto en Suisse et que le projet est conforme au principe fiscal de la capacité contributive et n'entraîne pas de pertes fiscales. Vu le développement des trusts dans notre pays, il est effectivement préférable de l'ancrer avec plus de sécurité dans l'ordre juridique suisse que de le laisser reposer sur de simples circulaires de l'administration fiscale. C'est pourquoi, Travail.Suisse peut donc soutenir ce projet. Nous proposons toutefois de renforcer les dispositions légales au-delà de ce qui est prévu pour mieux garantir que les trusts ne soient pas utilisés à des fins abusives, comme le blanchissement d'argent en particulier. A la lecture du projet, nous pensons qu'il faut renforcer les dispositions légales pour réduire davantage les risques d'un détournement de la fonction des trusts en Suisse à des fins criminelles ou malveillantes. Nous proposons en particulier que l'on révisé la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme pour que les avocats y soient aussi soumis.

Etant donné que le nouvel ancrage juridique du trust en Suisse serait de nature à renforcer les activités de gestion de fortune et la place financière suisse, nous ne voyons pas de raisons de nous y opposer. Le développement des trusts en Suisse semble répondre à certains besoins d'une clientèle nationale et internationale assez fortunée et est donc susceptible de s'étendre toujours plus en

Suisse. Il est donc adéquat qu'il profite davantage à des gestionnaires en Suisse plutôt qu'il soit administré de l'étranger. Le projet proposé contribue favorablement à cette évolution.

Le rapport explicatif indique aussi que cette introduction législative créerait des recettes fiscales supplémentaires, ce qui est naturellement positif.

N'étant pas une organisation spécialisée sur les questions fiscales juridiques, Travail.Suisse renonce à exprimer un avis plus détaillé sur ce projet et la manière dont on envisage d'ancrer le trust dans l'ordre juridique suisse, en particulier par la codification dans le code des obligations.

En vous remerciant de réserver un bon accueil à notre réponse, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Wüthrich'.

Adrian Wüthrich, président

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Torche'.

Denis Torche, responsable du
dossier politique fiscale



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 mis 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 retravaillée 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.

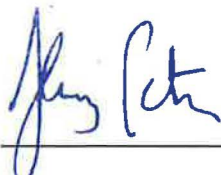
- Ad. Art. 56 LIFD et 23 al. 1 LHID: ajout d'une nouvelle lettre h, respectivement g, afin d'ajouter aux personnes exonérées d'impôts : *(Alignement du statut fiscal du trust discrétionnaire irrévocable composé de bénéficiaires exonérés d'impôts pour cause d'utilité publique, de but cultuel ou de but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

OBSERVATIONS

de la Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

sur

l'avant-projet de la loi fédérale introduisant un trust
de droit suisse, soumis à consultation le 13 janvier 2022

PARTIE DROIT PRIVÉ

A. Remarques générales

I. Le trust et le système du droit privé romano-germanique

Pour favoriser l'adoption de la figure juridique du trust dans notre système continental romano-germanique, le Rapport explicatif cite la doctrine de langue anglaise qui évoque parfois les racines romaines du trust (Rapport, p. 10). Cette doctrine est erronée, dans la mesure où le droit romain ne connaît pas la propriété divisée qui a justifié le trust dans les systèmes coutumiers et barbares. Une analyse approfondie exclut de retrouver une racine quelconque du trust dans les institutions du droit romain (A.W. SCOTT/W.F. FRATCHER, *The law of Trusts*, I, Boston 1987, p. 28 ; D. JOHNSTON, *The Roman law of Trusts*, Oxford 1988, p. 1 ; W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman law*, Londres 1911, p. 15).

Cette prémisse fausse tend à passer sous silence le fossé qui sépare le système du trust, fondé sur une approche strictement objective du droit sur les biens et la pluralité multiple de patrimoines du même sujet de droit, ainsi que l'absence de distinction entre droits absolus et droits relatifs, avec l'approche romano-germanique qui a façonné tout le droit privé suisse actuellement en vigueur, et qui, à l'opposé, repose sur une approche subjective du droit sur les biens, elle-même fondée sur l'unicité du patrimoine d'un seul sujet de droit (avec de rares exceptions non réglementées) et où tout le régime des droits privés subjectifs repose sur la distinction entre droits relatifs et absolus.

C'est dire que « le rapprochement fonctionnel » en vue de l'avant-projet, auquel on ne peut que se rallier (Rapport, p. 34-35), oblige à l'adoption de dispositions beaucoup plus complètes et détaillées que celles que propose l'avant-projet. Ne pas augmenter très sensiblement ces dispositions de l'avant-projet pour combler les lacunes béantes qu'impliquerait l'adoption du projet tel que mis en consultation serait assurer à l'institution un enlisement dans les problèmes pratiques de mise en place de l'institution au sein d'une codification qui lui est en soi hostile (*infra*, IV-V).

II. Nécessité de lier l'introduction du trust et la révision du droit des fondations

Depuis l'adoption de la Convention de La Haye sur la reconnaissance du trust, le Conseil fédéral envisage la révision de l'art. 335 CC limitant l'admissibilité de la fondation de famille (FF 2006, p. 593). Le fait qu'il ait jusqu'ici renoncé à mettre en œuvre cette idée a non seulement été critiqué lors de la procédure de consultation de 2020 (Rapport, p. 36-37), mais également a été critiqué en doctrine (O. ARTER, *Die schweizerische Familienstiftung*, in « *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII* », Berne 2012, p. 113 ss ; S. MOREAU, *La prohibition en Suisse des fondations de famille à but d'entretien : un principe devenu obsolète*,

RePrax 2011/1, p. 88 ss ; H. TABET, L'interdiction de la fondation d'entretien en droit suisse, not@lex 2011, p. 71).

Comme on l'a déjà proposé (D. PIOTET, Rapport adressé à l'Office fédéral, successio/not@lex, Sonderheft 2014, p. 72 ss), il suffirait pour ce faire d'une unique disposition législative, par exemple celle-ci :

« Art. 335 révisé

(1) Les fondations de famille peuvent être créées conformément au droit des personnes ou des successions pour un but d'assistance, d'entretien, ou de maintien de jouissance d'un patrimoine familial, au profit de parents ou alliés.

(2) S'il y a jouissance de bénéficiaires successifs, la fondation ne peut contourner les règles du droit des successions ».

Le droit suisse ne peut vraisemblablement pas continuer à vivre avec une disposition que le Tribunal fédéral a clairement qualifiée de « interdiction (qui) s'inspire dans une large mesure de condamnations morales (prévenir l'oisiveté) et idéologiques (éliminer les structures féodales) qui semblent aujourd'hui dépassées » (ATF 135 III 614, c. 4.3.8).

L'avant-projet renonce à cette révision très simple à réaliser, tout en indiquant que le Conseil fédéral reste « ouvert » à cet objectif (Rapport, p. 37). Les arguments évoquant des obstacles à cette révision du droit des fondations tombent en réalité à faux. Par ses bénéficiaires, limités aux seuls parents et alliés (la fondation ayant également des bénéficiaires non-parents ou alliés étant soumise au droit ordinaire), il n'y a pas de contournement possible des règles ordinaires sur la fondation. Seulement, l'argument de la transparence invoqué contre cette révision se retourne précisément contre l'institution du trust promue par l'avant-projet. En effet, la fondation de famille est astreinte à s'inscrire au registre du commerce et à une publicité exigée par les recommandations du GAFI, alors que le trust, tel que projeté, échappe à cette publicité et permet de contourner ainsi ces exigences en arrivant au même résultat économique (un patrimoine séparé avec effet à l'égard des tiers).

En fin de compte, tout parle en faveur d'une révision de l'art. 335 CC sans que soit nécessaire une révision d'autres dispositions du droit des fondations, alors que, comme déjà dit, le trust tel que projeté devrait être revu pour des questions de transparence (cf. ci-dessous, III).

III. Transparence et trust

Comme le rappelle le Rapport (p. 54), le GAFI pose des exigences en matière de transparence des trusts, obligeant notamment à assurer que les informations sur les ayants droit effectifs de ces trusts soient aisément accessibles aux autorités.

Or, le projet de trust tel qu'il est mis en place par l'avant-projet permet la multiplication de patrimoines séparés avec effet à l'égard des tiers qui ne font l'objet d'aucune publicité officielle. S'il n'y a pas de patrimoine séparé supposé opposable aux créanciers des associés en matière de société simple, il y en a bien

un en matière de sociétés en nom collectif ou en commandite simple par rapport aux biens propres des associés : mais il y a alors l'obligation d'une inscription au registre du commerce. Depuis 2016, même la fondation de famille est, comme déjà dit, astreinte à une inscription au registre du commerce.

La seule disposition consacrant le principe de transparence (art. 529j projeté) tend particulièrement à l'identification par le trustee des ayants droit économiques, mais sans qu'il n'y ait une publicité officielle sur le patrimoine séparé – pourtant opposable à tous les citoyens de façon occulte (art. 529n projeté). De toute évidence, il n'est certainement pas justifié de prescrire qu'une structure patrimoniale de famille, si elle est érigée en fondation, doive nécessairement être inscrite et rendue publique, alors que le même objectif et la même finalité peuvent être remplis par un trust échappant à toute publicité officielle quelconque.

Le projet mis en consultation ne peut ainsi être suivi lorsqu'il souligne que le trust tel que projeté est plus souple et moins surveillé que la fondation (Rapport, p. 37), puisque ces exigences de transparence pour la fondation sont précisément celles issues des recommandations du GAFI.

IV. Opposabilité aux tiers

Suivant le modèle anglo-saxon, les créanciers personnels du trustee ne peuvent pas faire saisir les biens du trust, et inversement, les créanciers du trustee à raison du trust ne peuvent s'en prendre aux biens personnels du trustee. La séparation de patrimoines organisée par le projet (art. 529n projeté) généralise les actuels art. 284a et 284b LP à tous les domaines du droit privé.

De même, le trustee qui aliène une valeur du trust contrairement à une des clauses de l'acte de trust va amener le tiers acquéreur qui connaissait ou devait connaître l'existence du trust à rendre le bien qu'il a pourtant acquis valablement sur la base d'un contrat efficace ; et cette restitution devrait intervenir chaque fois que cet acquéreur n'a pas fourni une contreprestation suffisante même s'il est de bonne foi (voir les observations sur l'art. 529q projeté, cf. *infra*, sous lettre B).

Or, celui qui, en droit suisse, achète un bien déjà vendu à un premier acheteur sur la base d'un contrat plus ancien peut, s'il est le premier inscrit au registre foncier, tout savoir de la première vente et ne devoir pour autant en aucune façon restituer l'immeuble qu'il a régulièrement acquis sur la base de son propre contrat de vente. La question de la bonne ou de la mauvaise foi n'est pas décisive : l'acte juridique d'autrui ne lie pas le propriétaire, qui n'en est pas le débiteur. La violation d'un contrat par l'aliénateur n'oblige pas ainsi l'acquéreur qui n'est pas partie lui-même à ce premier contrat. C'est le fondement basique de tout l'ordre juridique du droit privé : « *res inter alios acta nec nocet nec prodest* ».

Ce projet entaille cette règle fondamentale qui constitue encore une fois un fondement essentiel du droit interne suisse, et qui repose sur la distinction entre droits relatifs et droits absolus.

Cette entaille ne peut être harmonisée qu'en consacrant un effet de droit réel à l'opposabilité universelle voulue par le projet, sans quoi le système du projet

s'enferme dans des impossibilités pratiques de mise en place par rapport au système général de la codification. Il est absolument essentiel de ce point de vue de modifier l'art. 529q du projet.

Mais surtout, tous les patrimoines séparés en droit suisse qui sont opposables aux tiers reposent sur une publicité résultant soit de l'administration par une autorité, soit d'une publicité dans un registre public. Il n'en serait rien du futur trust de droit suisse, tel que conçu par le projet : les actes juridiques du trust seraient ainsi des actes juridiques occultes et pourtant opposables aux tiers, par exemple quant aux conséquences de leur violation par une aliénation sans contrepartie satisfaisante. Ce système, qui emporte un grand nombre d'incohérences pratiques, ne résistera pas à l'épreuve de la pratique.

Enfin, et le point ici souligné n'est pas des moindres, la division des patrimoines du trustee n'étant objectivement pas publique, les tiers pourront concéder au trustee un crédit qui ne se rapportera pas à son patrimoine propre face à celui séparé pourtant sur les biens du trust. C'est l'un des fondements du droit suisse de l'institution d'un registre des pactes de réserve de propriété (art. 715 CC) que de couper court à une telle apparence trompeuse. Ce souci législatif est battu en brèche par le projet et amènera, faute de publicité, à des opérations de crédit inadéquates.

Bref, l'opposabilité à tous les justiciables de la séparation des patrimoines et du contenu de l'acte de trust, la comparaison avec les régimes applicables en Suisse à d'autres cas de patrimoines séparés, la rupture du principe « *res inter alios acta* » et le risque de fausses surfaces financières apparentes aboutissant à l'octroi de crédits injustifiés, sont autant de défauts qui affectent le projet tel que présenté : une publicité officielle doit absolument être prévue. Cette publicité peut d'ailleurs être légère, et tenir simplement dans le dépôt d'une requête d'inscription de l'acte de trust au registre du commerce. De cette inscription dépend une publication, qui permettra aux tiers d'être avisés de cette création qui leur est en soi opposable, et d'accéder aux informations basiques du trust.

Sans une correction matérielle dans ce sens, l'avant-projet passé loi tel quel heurtera de front le système général de la codification, et se heurtera à court ou à moyen terme à des impasses pratiques ou des contradictions fondamentales.

V. Le système général de la dualité des patrimoines du trustee

La dernière lacune générale de l'avant-projet est à ce point importante qu'elle rend le système d'ensemble bancal.

Titulaire à la fois des valeurs du trust et de ses biens personnels (art. 529l projeté), le trustee dispose de deux patrimoines séparés sur sa tête, et la distinction entre ces patrimoines est opposable à tous les justiciables (art. 529n, cf. *supra* IV). Mais la loi ne dit rien, même indirectement, sur la possibilité pour le trustee de faire passer un bien d'un patrimoine à l'autre, et sur les conditions d'opposabilité de ce passage d'un bien d'un patrimoine à l'autre face aux tiers, notamment aux créanciers. Certes, on déduit que ce genre de transfert est possible selon le projet au vu de l'art. 529p projeté, dont l'alinéa 2 évoque une récompense à la charge

du trustee lorsque le transfert s'est fait en violation de l'acte de trust : si ce sont les biens personnels du trustee qui inversement entrent dans le trust, ils sont remboursés selon l'art. 529o projeté, mais sans la créance de plus-value qui paraît être réservée au cas inverse (art. 529p al. 2 du projet). Mais ces opérations sont-elles opposables aux tiers ?

Si l'acte de trust autorise le trustee à prélever une valeur du trust sans contrepartie, soit hors de l'alinéa 2 de l'art. 529p projeté, cela est-il également opposable aux créanciers actuels du trust ?

Et si les modifications volontaires des deux patrimoines entre eux par le trustee sont opposables aux tiers, ce qui paraît résulter des principes généraux (art. 529n projeté), de quel acte juridique unilatéral s'agit-il ? Est-il abstrait ou causal ? Apparemment dispensé de toute forme et de toute publicité, il y a de forts risques que ce type d'acte pose des difficultés très conséquentes, notamment pour les tiers.

On peut voir cet acte translatif d'une valeur patrimoniale d'un patrimoine à l'autre comme une forme spéciale de double représentation, le même sujet de droit opérant un acte juridique entre deux patrimoines séparés, l'un cédant et l'autre cessionnaire. Le trustee ne pourrait ainsi pas faire l'acte valablement en cette double qualité, et il faudrait alors dégager un curateur désigné par l'autorité, selon les principes généraux qui valent pour le conflit d'intérêts en matière de double représentation. Mais à vrai dire les règles sur la représentation sont-elles telles quelles applicables en l'espèce, puisqu'elles ne visent que l'hypothèse de sujets de droit distincts, et non pas le cas de patrimoines distincts d'un seul et unique sujet de droit ? Les problèmes juridiques fondamentaux sont ici aussi obscurs sans le projet qu'avec le projet.

Mais il faut souligner que de surcroît, c'est l'ensemble de la réglementation des patrimoines séparés du même sujet de droit qui fait défaut. Ainsi, si une dette du patrimoine du trust appartient personnellement au trustee, ou inversement si une créance du patrimoine du trust oblige le trustee sur ses biens personnels, on ignore si et à quelles conditions la prescription peut courir alors que les deux patrimoines sont sur la même tête. Cela a une conséquence du fait que la créance d'un patrimoine contre l'autre du même sujet de droit ne disparaît pas par la confusion selon l'art. 118 CO, disposition qu'il faudrait ici compléter sur ce point (D. PIOTET, Commentaire romand, CO I, Bâle 2021, n. 3 *ad* 118 CO et les références).

Si l'on suit toujours la séparation des patrimoines telle que projetée, on doit admettre que la compensation d'une dette d'un patrimoine par le montant d'une créance de l'autre patrimoine contre le premier est possible. L'art. 529o al. 2 du projet le dit d'ailleurs pour les droits personnels du trustee, mais il ne dit rien en revanche des droits du trust contre le trustee personnellement. Mais comment compenser une créance par l'exercice d'un droit formateur soumis à réception (art. 124 al. 1 CO) alors que l'émettant et le destinataire sont la même personne ? Le projet ne le dit pas. Le trustee doit-il attendre la fin du trust pour pouvoir exercer la compensation contre les attributaires du solde actif ? Peut-il éteindre une dette sans exercer un droit formateur ? Toutes ces questions touchant ainsi aux actes de disposition sur des valeurs transférées d'un patrimoine à l'autre visent non seulement de telles affectations de biens corporels ou de droits de propriété

intellectuelle, mais touchent également des questions fondamentales comme la remise de dette, la novation ou d'autres modalités d'extinction à commencer même par l'exécution d'une obligation, difficilement concevable s'il n'y a qu'un titulaire.

Et, ce qui aggrave la lacune, ces variations volontaires sur les patrimoines étant opposables aux tiers, il va se poser la question de leur révocation éventuelle par un créancier impayé, soit du trust, soit du patrimoine propre du trustee, selon les art. 285 ss LP. En présence d'actes informels, qui ne sont d'ailleurs peut-être pas même des actes juridiques, occultes, et dont les conditions ne sont pas définies, il est fort à craindre que les créanciers aient à pâtir d'une absence complète de protection à cet égard.

Ces dernières difficultés peuvent au moins recevoir une solution simple : la consécration d'une inopposabilité aux créanciers de tous les actes modifiant le contenu des patrimoines séparés du même sujet de droit qu'est le trustee, disposition qui peut aisément prendre appui sur les précédents constitués par les art. 193 CC ou 717 al. 1 CC, soit en assurant l'invariabilité de la responsabilité patrimoniale malgré les mutations intervenues.

En l'état actuel du projet, la lacune de la réglementation des patrimoines séparés entre eux est telle qu'elle doit empêcher l'adoption du projet dans son entier, celle-ci devant être profondément revue pour assurer le comblement d'une lacune aussi béante.

B. Remarques sur les articles du projet

Position systématique

Selon le projet, le trust de droit suisse prendrait place entre le contrat d'entretien viager et le contrat de société simple, au sein des contrats nommés du code des obligations. Cette position systématique paraît triplement erronée :

- le trust est constitué non par contrat, mais par acte juridique unilatéral (art. 529a al. 2) ;
- de plus, c'est même un acte juridique unilatéral non soumis à réception, au même titre que la désignation d'un exécuteur testamentaire ou la désignation d'un mandataire pour cause d'incapacité. Ces dernières institutions sont d'ailleurs ancrées dans le code civil.

De cette nature non soumise à réception, il résulte d'ailleurs que les art. 23 ss CO ne sont pas applicables aux éventuels vices de la volonté du constituant ;

- enfin, l'acte de trust peut devoir être opposé à des tiers, contrairement aux contrats du code des obligations (cf. A/IV ci-dessus).

La place systématique du trust est ainsi à l'évidence dans le code civil, après les art. 89a et 89b CC, qui constituent précisément un autre cas de patrimoines séparés sans personnalité morale avec effet à l'égard des tiers.

Art. 529a

La pluralité possible de constituants n'est prévue qu'à l'art. 529a al. 1, et disparaît de la suite du projet. Si l'on s'en tient à cette option, il faut nécessairement adapter l'art. 529e, et déterminer alors comment les droits des constituants doivent s'exercer, notamment si l'un peut déléguer à l'autre l'exercice des droits prévus.

Deux constituants à cause de mort ne sont concevables qu'en cas de décès simultanés, si les biens tombent directement dans le patrimoine du trust avec l'ouverture de la succession (art. 560 CC). Mais deux constituants disparus à des dates distinctes peuvent également être constituants du même trust, lorsque l'acte à cause de mort oblige le ou les héritiers à constituer le trust après l'ouverture de la succession (au même titre qu'une fondation peut devoir être mise à la charge des héritiers (cf. Rapport, p. 100). Le constituant formel qui est alors l'héritier n'est alors pas un constituant matériel, mais seulement un successeur obligé par le défunt qui s'avère le véritable constituant. Il conviendrait de le préciser dans la mesure où le constituant a des droits dans le trust une fois ce dernier constitué, notamment en lien avec les art. 529b al. 3 ou 529t du projet.

Art. 529b

La séparation des patrimoines n'est effective, selon l'alinéa 5, qu'avec l'acceptation du trustee doté des valeurs du trust. Avant cela, les biens du trust sont parties du patrimoine du constituant, respectivement de sa succession, sans pour autant constituer un patrimoine séparé avec effet à l'égard des tiers. En cas de décès, ils appartiennent ainsi, au moins temporairement, aux héritiers qui ne sont pas les constituants. Or, l'acquisition des héritiers ou leur répudiation peut elle-même entraîner la création d'un patrimoine séparé avec effet à l'égard des tiers, particulièrement face à une répudiation, une liquidation officielle et, provisoirement, à une administration officielle ou un bénéfice d'inventaire. Ces séparations de patrimoines fixées par le droit des successions doivent être coordonnées avec celles des art. 529b al. 5 et 529n du projet. En toute logique, la dévolution successorale l'emporte sur la création du trust, de sorte que la séparation de patrimoines de l'art. 529n du projet doit s'effacer complètement devant celle du droit des successions. En cas de faillite de la succession, le trust ne devrait ainsi pas pouvoir être constitué. Le silence du projet à cet égard est regrettable, pour ne pas dire ambigu.

On relèvera que, lorsque le constituant est dans un premier temps lui-même trustee, la naissance de la séparation des patrimoines, avec effet à l'égard des tiers, ne peut naître d'une « acceptation écrite » du même constituant envers lui-même (al. 5). Il serait choquant, d'une façon plus générale, que la séparation des patrimoines avec effet envers tous ne repose sur aucun acte juridique formel : le projet devrait régler expressément ce cas de figure.

Art. 529c

L'interdiction de l'alinéa 2 n'a pas de sanction si le cas de figure se retrouve en cours d'existence du trust. Plusieurs bénéficiaires sont désignés, mais ils décèdent, en ne laissant que le trustee comme bénéficiaire. Ce cas n'est pas visé par la dissolution de l'art. 529u, mais devrait l'être, encore qu'il faudrait réserver des bénéficiaires futurs mais non encore existants (enfants non encore conçus lorsque le constituant se retrouve seul bénéficiaire par exemple). Quoi qu'il en soit, la lacune sur la sanction doit être comblée.

Art. 529d

Il est essentiel, comme le fait le projet, de distinguer entre une vraie créance des bénéficiaires, et de « simples » expectatives ne constituant pas des droits de créance. Les premières sont déductibles devant les tribunaux civils pour l'obtention d'une prestation, les secondes, non. Cette distinction existe également exactement dans les mêmes termes dans la fondation.

En revanche, l'intransmissibilité présumée au décès d'un bénéficiaire n'est pas conforme aux règles du droit des fondations : c'est le fruit d'une confusion entre l'idée de « droit-souche » et des prestations individualisées : le décès du bénéficiaire ne permet pas à ses héritiers de réclamer pour l'avenir de nouvelles prestations, si les héritiers ne sont pas eux-mêmes bénéficiaires : mais la créance échue reste due aux héritiers du créancier bénéficiaire décédé. Dire que ce droit s'éteint avec son titulaire, comme le fait le texte projeté, encourage à ne pas régler, à des fins d'économie, des prestations déjà dues à des bénéficiaires âgés ou malades. C'est naturellement inadmissible : il faut expressément réserver des prestations individualisées échues avant le décès.

On ajoutera que la renonciation anticipée à une expectative de fait selon l'alinéa 4 de l'art. 529d n'est pas un acte de disposition, dès lors qu'aucun droit privé subjectif n'existe dans le patrimoine du renonçant au moment de cette renonciation. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral ne traite pas sur le même pied de la renonciation à une simple expectative et de la renonciation à un droit, même conditionnel (cf. ATF 138 III 497, JdT 2013 II 241). En particulier, il est évident que cette renonciation peut porter préjudice aux créanciers du renonçant, au moins autant que s'il y avait renonciation à une prestation (al. 2) : mais la mise en œuvre de l'action révocatoire des art. 285 ss LP est impensable face à des droits qui n'ont pas de nature patrimoniale et qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. Il est ainsi indispensable de prévoir expressément que les renonciations ne doivent pas pouvoir porter préjudice à des tiers, particulièrement aux créanciers du renonçant, ce que l'action révocatoire ne prévoit comme tel pas en l'état.

Enfin, l'art. 529d projeté passe sous silence la possibilité que les bénéficiaires prédéterminés aient, sur les valeurs du trust, un droit réel limité comme le droit d'usufruit. Cette solution est tout à fait admise pour les trusts étrangers avec « *fixed interests* » (N.P. VOGT/D. PANNATIER-KESSLER, Commentaire bâlois, 2021, n. 20 ad 149d LDIP ; P. BÖCKLI, Des angelsächsische Trust-Zivilrecht und Steuerrecht, Zurich 2007, p. 23 ; D. PIOTET, Problèmes pratiques d'assimilation des trusts anglo-saxons en Suisse, not@lex 2017, p. 99 ; FF 2006, p. 51). Cette possibilité est concevable pour la mise en place d'un trust suisse.

Les implications fiscales de la présence d'usufruits ou de droits réels d'usage sur les biens du trust ne doivent pas restreindre ou exclure cette possibilité sur le plan du droit privé. Le texte projeté paraît cependant exhaustif, et il devrait être complété sur ce point.

Art. 529e

L'on renvoie ici à l'art. 529a, première remarque.

La modification de l'acte de trust selon l'art. 529t pose les mêmes difficultés sur ce point.

Art. 529g

L'alinéa 3 permet aux créanciers contractuels du trust de ne pas faire la différence entre patrimoine du trust et patrimoine personnel du trustee, en dérogation très limitée à l'art. 529n projeté. En réalité, les violations du contrat par le trustee doivent aussi pouvoir entraîner sa responsabilité personnelle sur ses propres biens sans qu'il doive être concevable qu'il puisse se libérer par avance de ce qui constituerait une violation positive du contrat.

Cette légère dérogation à la séparation des patrimoines ne vaut pas pour les actions fondées sur les actes illicites, l'enrichissement illégitime ou la gestion d'affaires notamment. Et à l'inverse, les créanciers personnels du trustee n'ont pas ce moyen sur les biens du trust. La question de la séparation des patrimoines, mal traitée, reste entière (A IV-V).

Art. 529h, al. 3

Au ch. 2, la prohibition du conflit d'intérêts dépasse les règles internes entre constituant, trustee, bénéficiaire et protecteur, mais peut atteindre le droit des tiers, notamment par les modifications d'un patrimoine par rapport à l'autre du même sujet de droit (*supra* A/IV-V). La réserve de l'acte de trust qui permettrait de passer outre au conflit d'intérêts est en ce sens inadéquate. Tout au contraire, chaque fois qu'il y a un acte modifiant le patrimoine du trust par rapport au patrimoine personnel du trustee, il devrait y avoir nécessité de recourir à un curateur nommé par l'autorité, exactement comme en matière d'empêchement de représentation par soi-même envers soi-même (A/V *supra*).

Le même alinéa devrait expressément obliger le trustee à fournir aux bénéficiaires une information sur le trust, même indépendamment de leur identification et de son obligation de rendre compte (529i, 529j) : il serait inadmissible qu'il garde et gère secrètement un trust sans aucun avis aux bénéficiaires.

Les devoirs légaux devraient aussi porter sur l'incombance de saisir le juge gracieux lorsque le trustee doute de la régularité d'une position ou d'un acte dans ses fonctions.

Art. 529j

L'on s'est prononcé sur ce texte lors des observations générales (A/III).

L'on ajoutera cependant que ces règles, de pur droit public, n'ont pas leur place ici, puisque les trusts de droit étranger administrés depuis la Suisse n'y seraient alors pas soumis.

Art. 529k al. 2, 529q al. 2

La qualité pour demander des dommages intérêts, respectivement pour exercer le *tracing* est placée de par la loi sur plusieurs têtes différentes, chacun pouvant exercer un droit propre. Le jugement ou la transaction judiciaire mettant un terme au procès doit-il être opposable aux autres personnes légitimées (consortité nécessaire imparfaite) ou n'exclut-il pas l'action d'une autre personne légitimée (avec le cas échéant des faits allégués distincts du premier procès) ? Le flottement devrait être levé de façon à assurer la sécurité de droit, notamment lors de la négociation d'une solution transactionnelle.

Art. 529l

« L'affectation » d'un bien au trust est l'acte qui le fait entrer dans le patrimoine spécial (art. 529n du projet), et cette affectation peut être un acte juridique unilatéral (al. 2). Or, l'affectation n'est en soi pas un acte juridique, mais un acte matériel volontaire (par exemple ainsi non susceptible d'un vice de la volonté permettant son invalidation). Ou, si l'acte d'affectation de l'art. 529l projeté devait être un véritable acte juridique, il faudrait en prescrire la nature et les conditions posées à son efficacité. Faut-il l'exercice des droits civils ? Y a-t-il un vice de la volonté pouvant le priver d'efficacité et à quelles conditions (s'il est unilatéral et non soumis à réception) ?

On comprend bien que l'acte d'affectation se confond avec l'acte constitutif (art. 529b du projet), mais l'affectation qui intervient « ultérieurement » reste quant à elle obscure. En particulier, se repose ici toute la problématique non résolue par le projet des actes juridiques ou matériels du constituant modifiant le contenu d'un patrimoine par rapport à l'autre, et les effets sur l'opposabilité de ces modifications à l'égard des tiers, particulièrement les créanciers du trust ou du trustee.

Art. 529m

La mention, tirée de l'art. 149d LDIP, est déclarative d'une opposabilité aux tiers qui existe déjà avant l'écriture. S'il fallait rendre opposable aux tiers une simple créance, c'eût été l'annotation qu'il eût fallu choisir (cf. art. 959, 960 al. 1 ch. 1 CC) et non la mention. Le système de la mention est ainsi contradictoire avec la simple créance dégagée par le système de l'art. 529q du projet, disposition qui

doit par ailleurs être entièrement revue pour s'intégrer à l'ordre juridique suisse (*infra*, sur l'art. 529q).

Art. 529n

L'on s'est déjà déterminé sur la question de l'opposabilité aux tiers de la séparation des patrimoines entre le trust et biens propres du trustee, notamment sous A/III-V, auxquels on renvoie).

Art. 529o

Les créances ici évoquées illustrent le cas où la même personne est créancière et débitrice à raison de deux patrimoines différents. L'exercice des droits prévus par cette disposition flotte dans l'inconnu, tant le système des créances unipersonnelles ne prend pied nulle part dans le projet et ne s'accroche à aucune réglementation générale (*supra*, A/V).

Il reste naturellement que le trustee ne peut exercer contre lui-même un droit de rétention pour son patrimoine sur son patrimoine de trust. Un mécanisme de curatelle devrait être expressément prévu, ce qui n'est qu'une illustration de ce type d'empêchement (*supra*, A/V et 529h).

Art. 529p

Cette règle est conçue sur le modèle du droit des obligations, particulièrement pour la fiducie et le mandat (art. 400 CO). Mais elle se place ici dans un contexte d'opposabilité aux tiers, et l'astriction à restituer des valeurs par son patrimoine propre s'impose au trustee également par rapport aux tiers, notamment par rapport aux créanciers de ce patrimoine. La légitimation pour cet exercice, selon l'art. 529p al. 1 du projet, devrait être dans ce sens élargie.

La part à la plus-value de l'alinéa 2 est bienvenue, sur le modèle de la créance variable de l'art. 209 CC. Il n'en reste pas moins que, là aussi, l'acte de trust ou l'accord entre le constituant et le trustee ne devrait pas permettre de modifier cette règle aussi établie dans l'intérêt des tiers.

Art. 529q

Cette disposition est la plus incompatible avec le système général du droit privé suisse de tout le projet. Elle doit impérativement être entièrement modifiée, dans le sens indiqué ici.

Le fondement de la restitution à la charge du tiers est selon le projet, une action fondée sur un enrichissement illégitime régi par les art. 62 ss CO (al. 1). Le tiers serait « enrichi indument » du fait que l'aliénation opérée viole l'acte de trust.

Or, l'acte de trust est un acte juridique qui ne lie pas un tiers étranger aux rapports du trust. S'il y avait des actes juridiques avec effet universel pour tous les citoyens soumis au droit suisse, cela témoignerait non pas de l'opposabilité d'une créance en restitution, mais d'une action réelle, non prévue par l'art. 529q.

Le tiers n'étant ainsi pas lié par les clauses du trust, et selon le système général du droit suisse, il n'est pas possible d'affirmer que son acquisition est « illégitime », ce qui reviendrait à anéantir son titre d'acquisition, soit le contrat de vente ou l'autre titre, onéreux ou gratuit, qui lui a permis de devenir propriétaire. Or, le projet ne le dit nulle part, et il n'y a aucune cause de nullité de la vente si l'alinéa 3 n'est pas applicable. On aboutit à une impasse pour la mise en œuvre.

Et si le titre, vente ou autre, était nul, par violation du trust (!), l'acquéreur n'aurait plus de moyen pour se retourner contre le trustee ensuite de l'éviction qu'il a subie par l'application de l'art. 529q projeté.

Bref, le système projeté est incompréhensible, et ne peut pas être mis en œuvre à cause d'une construction juridique erronée.

Le rapport se réfère au système de la protection des tiers de la LTI (Rapport, p. 115) en omettant ce point essentiel que le titre intermédié selon la LTI n'est rien d'autre qu'une créance (D. ZOBL/D. GERICKE, *in* Kommentar zum Bucheffektengesetz, Zurich 2013, n. 43-44 *ad* Syst. Teil et les références), et que le transfert des titres intermédiés s'opère abstraitement par bonification, la restitution de l'art. 29 al. 2 LTI ne s'opérant pas sur les mêmes titres individualisés que ceux aliénés. Ce système est naturellement complètement incompatible lorsque les biens sont des valeurs mobilières ou immobilières, ou encore des droits de propriété intellectuelle, tous régis par le principe du transfert causal du droit privé suisse, et qui ne pourraient être l'objet d'une restitution qu'en nature, individuellement (art. 64, 65 CO).

En plus de ces vices de construction majeurs, l'art. 529q projeté amène des problèmes pratiques illogiques et insurmontables. Seul l'acquéreur du trustee est visé par l'art. 529q projeté : si cet acquéreur réaliène entretemps l'objet distrait, l'action de l'art. 529q ne peut plus être dirigée contre ce dernier acquéreur, qui n'est pas débiteur de la créance légale. Cette conclusion est au strict opposé de l'idée de transcription en droit suisse du système du *tracing* anglo-saxon, qui peut toujours aboutir contre tout détenteur actuel de la valeur du trust distraite.

En sus de tout ce qui précède, l'art. 529q se place à l'exact opposé de l'opinion largement dominante aujourd'hui pour le *tracing* de trusts de droit étranger selon la loi suisse. En consacrant une restriction à effet réel aux droits de propriété du trustee selon le droit suisse, l'on peut alors exercer une action réelle, et non personnelle, permettant de rapatrier dans le trust la valeur en question contre tout acquéreur de l'objet (ainsi, D. PANNATIER-KESSLER, Le droit de suite et sa reconnaissance selon la CLHT, Genève 2011, p. 89 ss et les références ; la même, Droit de suite et mention au registre foncier selon l'art. 149d LDIP, *in* « Le droit civil dans la perspective internationale », Genève 2012, p. 136 ss ; A. PEYROT, Le trust de *common law* et l'exécution forcée en Suisse, Genève 2011, p. 26 ; F. GUILLAUME, Commentaire romand, LDIP/CL, Bâle 2011, n. 47 *ad* 149c LDIP ; A.E. VON OVERBECK, La ratification de la CLHT par les Pays-Bas : un exemple pour la

Suisse ?, Mél. G. Broggini, Milan 1997, p. 32 ; K.J. MOOSMANN, Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen begünstigten, Zurich 1999, p. 14 ; E. CASHIN-RITAINE, Panorama comparé du droit matériel du trust, in « Le trust en droit international privé », Zurich 2005, p. 20 ; B. BERTOLD, Aussonderung von Treugut in schweizerischen Partikular Konkurs, Zurich 1997, p. 150 ; N.P. VOGT/D. PANNATIER-KESSLER, Commentaire bâlois, 2021, n. 30 *ad* 149d LDIP ; B. FOËX, The Hague Trust Convention and Switzerland, a Few Remarks Concerning Movable Property, in « Das Haager Trust Übereinkommen und die Schweiz », Zurich 2003, p. 32 ; A. BONOMI, La ratifica svizzera delle convenzione dell'Aia sui trust : i principali vantaggi et alcune questioni aperte, in « Trust e istituti particolari del diritto anglosassone », Bellinzona 2009, p. 27 ; L. THEVENOZ, Trust en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et modification de la fiducie, Zurich 2001, p. 98 et 109 ; G. GRISEL, Le trust en Suisse, Genève 2020, p. 168 ; D. PIOTET, Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la CLHT, not@lex 2008, p. 9 ss ; le même, précité, 2017, p. 98). L'on a déjà relevé que la mention au registre foncier du trust va exactement dans le sens de cette qualification (cf. 529m *supra*).

Peut-être que les auteurs de l'avant-projet ont cru, malgré la doctrine presque unanime citée ci-dessus, que le *numerus clausus* des droits réels s'opposait à l'action réelle seule concevable pour adapter le *tracing* en droit suisse. Cette réticence serait naturellement injustifiée dans la mesure où le législateur fédéral est lui-même le seul maître de ce *numerus clausus* des droits réels privés. Pour l'instant, le droit interne suisse ne connaît pas de restrictions au droit de disposer de la propriété fondées sur un acte juridique et à effet universel : mais rien ne l'empêche à l'avenir.

Contrairement à ce que soutient encore la même doctrine dominante pour les trusts actuellement de droit étranger (G. GRISEL, précité, p. 168 ; D. PIOTET, précité, 2008, p. 17), l'avant-projet s'écarte de la solution de droit suisse de la protection de tiers de bonne foi pour suivre le système de la *due consideration*, soit d'une contreprestation apparaissant comme suffisante pour justifier de la protection de la bonne foi, système qui est complètement étranger au droit suisse, et notamment aussi bien à la protection de la bonne foi en droit des obligations qu'en matière de droits réels. Les auteurs de l'avant-projet sont cependant bien en peine de justifier pourquoi serait moins bien protéger celui qui aurait dû lire toutes les clauses de détails de l'acte de trust ou qui, malgré sa bonne foi, n'a pas apporté une contreprestation jugée suffisante, face à celui qui, même purement gratuitement, ignore purement et simplement en droit suisse l'absence de droit de disposer de son aliénateur ? Et c'est sans compter que la contreprestation suffisante est une notion très obscure qui ne repose sur aucun équivalent dans le système du droit suisse, l'exception de la seule LTI (se rapportant d'ailleurs pratiquement dans la règle à des cotations connues) ne pouvant être généralisée.

Il n'y a sans doute pas lieu ici d'aller plus loin. On constate que l'art. 529q projeté souffre de vices théoriques et pratiques, et qu'il engendrera d'innombrables difficultés d'application en se heurtant au système général de la codification. La solution est simple : admettre une action réelle alignée sur la protection de bonne foi du tiers dans le droit ordinaire (art. 933, 935 et 973 CC).

Art. 529r

Cette disposition devrait avoir un champ d'application dissocié. Elle est totalement dissuasive pour la constitution de trusts familiaux touchant à la transmission et au maintien d'un patrimoine.

Si le texte était accepté tel quel, on voit mal quelle mesure concrète devrait être adoptée en cas de surendettement dès lors que, dans nombre d'hypothèses, le trust n'est pas soumis à la faillite, mais uniquement à d'éventuelles saisies.

Art. 529s

A l'alinéa 3, on devrait ajouter que le nouveau trustee doit aussi pouvoir être désigné par l'unanimité des bénéficiaires connus : si ceux-ci peuvent dissoudre le trust (529u al.2 projeté), il est logique de leur accorder une moindre mesure, peut-être plus judicieuse dans un cas concret.

L'on déduit de l'alinéa 4 que le transfert de l'ancien trustee au nouveau, sauf le cas de la dernière phrase, nécessite toujours une écriture constitutive au registre foncier basée sur un acte écrit. Il faut cependant admettre qu'un acte judiciaire puisse être obtenu par tout intéressé pour ordonner un tel transfert, sur le modèle de l'art. 529b al. 2, *i.f.* du projet.

Art. 529t

On renvoie ici à ce qui a déjà été développé sur l'art. 529a.

Art. 529u

À l'alinéa 1, la durée maximale de cent ans permettra de contourner l'interdiction de l'art. 488 CC si deux appelés successifs (bénéficiaires) recueillent des valeurs du trust dans l'espace de cent ans. Une harmonisation de ces dispositions est absolument indispensable.

On a pour le surplus à relever une faute de français répétée : « dissous » et non « dissout ».

Art. 529v – 529 w

Les actions judiciaires en vue sont de nature très différentes.

À l'alinéa 1, on peut penser à une contestation de nature contentieuse.

À l'alinéa 2, il y a un jugement formateur de nature gracieuse, au même titre que les prononcés du même type prévus aux art. 85 ss CC pour les fondations.

À l'alinéa 3, il y a une consorité nécessaire qui est créée, mais au sens large, soit sans que tous les bénéficiaires soient nécessairement parties dans la même instance.

Cette systématique exclut les tiers, notamment les créanciers du trust, qui ne seraient pas traités comme ayants droit par le projet malgré le fait que les clauses du trust leur soient opposables. Or ces tiers peuvent avoir un intérêt de fait digne de protection à une intervention judiciaire dans l'organisation du trust (art. 76 LTF : par exemple à l'art. 529b al. 2 du projet lui-même). La question devrait ainsi être tranchée pour éviter toute obscurité.

On peut concevoir, comme en matière de droit international privé et national de l'arbitrage, qu'un constituant puisse obliger unilatéralement à l'arbitrage les ayants droit que sont le trustee, le protecteur et le bénéficiaire. Mais cette solution envisagée pour des procès contentieux, où le juge tranche sur un rapport de droit entre particuliers, ne vaut certainement pas dans le domaine de la juridiction gracieuse. Faute en effet de prétentions d'un particulier contre un autre particulier, l'affaire gracieuse ne donne naissance qu'à une prétention dirigée contre l'autorité juridictionnelle, et son arbitrabilité ne peut reposer sur un acte juridique privé, à plus forte raison unilatéral (L. CHROBAK, *Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen*, Zurich 2018, n. 449 ss ; M. COURVOISIER/W. WENGER, *Kommentar zur schweizerischen ZPO*, édition T. Sutter-Somm et al., n. 12 *ad* 354 CPC ; U. HAAS/J. BROSI, *Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, ZZPI int. 2016, p. 341 ; R. MABILLARD/R. BRINER, *Commentaire bâlois*, 2021, n. 12 *ad* 177 LDIP ; H.R. KÜNZLE, *Schiedsgerichte in Erbsachen*, Zurich 2012, p. 12 ; C. OETIKER, *Commentaire zurichois*, II, 2018, n. 45 *ad* 177 LDIP ; J. PERRIN, *De l'arbitrabilité des litiges successoraux*, Bull. ASA 2006, p. 421 s. ; S. PESTALOZZI-FRÜH, *Testamentarische Schiedsklauseln*, successio 2011, p. 171 s. ; M. SCHLUMPF, *Testamentarische Schiedsklauseln*, Zurich 2011, n. 471 ss ; D. PIOTET, *Clauses arbitrales et prorogation de for en matière successorale*, spécialement après la révision du 19 juin 2020, *Journée de droit des successions*, Berne 2021, n. 69 ss, p. 108s.).

Il n'y a aucun sens à l'introduction de cette possibilité à l'art. 529w al. 2 du projet si elle est exclue pour l'arbitrage international selon la LDIP. Et même, d'une manière générale, une clause arbitrale unilatérale qui obligerait à saisir, pour un trust suisse soumis au droit suisse, un tribunal arbitral aux Bermudes ou aux îles Caïman pour une prétention née du droit privé interne suisse et dirigée contre l'autorité juridictionnelle suisse, est de nature à enlever toute fonction protectrice à l'art. 529v projeté.

Il s'ajoute enfin à cela que les tiers légitimés à agir et qui ne sont ni trustee, ni bénéficiaires, ni protecteurs, ne peuvent être liés par une clause d'arbitrage unilatérale, par exemple dans l'hypothèse de l'art. 529b al. 2 du projet.

L'alinéa 2 de l'art. 529w devrait ainsi être retranché.

PARTIE DROIT FISCAL

A. Attractivité du système proposé

L'introduction du trust en droit suisse peut échouer si son traitement fiscal aboutit à une sous-imposition mais également à une surimposition des biens mis en trust en Suisse. Si l'on évalue, comme le fait l'avant-projet (Rapport explicatif, p. 24), le volume potentiel des biens susceptibles d'être placés en trust à 56% de la fortune privée déposée dans les banques, soit à plus de 2'000 milliards de francs (chiffres de 2008), on saisit l'importance cruciale du traitement fiscal qui sera retenu pour ces biens.

Si la nouvelle institution permet de faire échapper à l'impôt une telle masse patrimoniale, le Parlement, cas échéant le peuple, la rejetteront sans hésitation. Si à l'inverse le traitement fiscal des trusts suisses et étrangers venait à être plus défavorable pour le contribuable que celui qui résulte de la Circulaire actuelle de la Conférence suisse des impôts (CSI), la nouvelle institution perdrait irrémédiablement de son attrait. Très peu de trusts seraient constitués en Suisse, ou de l'étranger pour des bénéficiaires en Suisse. Le double objectif annoncé d'accroître l'attrait de la place financière suisse pour la gestion des trusts et d'offrir une nouvelle possibilité de planification patrimoniale aux résidents suisses ne serait pas atteint.

Les deux écueils à éviter sur le plan fiscal sont donc la non-imposition des biens mis en trust d'une part et leur double imposition d'autre part.

Or aucune des six nouvelles options fiscales proposées dans l'avant-projet pour le trust irrévocable discrétionnaire n'évite l'un ou l'autre de ces écueils. L'option une aboutit à une double imposition économique : celle de la fondation sur son bénéfice et celle du bénéficiaire sur les revenus touchés du trust. L'option deux aboutit également à une double imposition du même patrimoine : impôt sur le revenu auprès du trustee et impôt sur le revenu auprès du bénéficiaire. L'option trois institue une non-imposition. Il en va de même de l'option quatre dès le moment du décès ou du départ à l'étranger du constituant. L'option cinq aboutit également à une non-imposition si les bénéficiaires ne peuvent être identifiés et que le constituant est parti à l'étranger ou est décédé. Il en va de même de l'option six lorsque les bénéficiaires ne peuvent être identifiés et que le constituant est décédé. L'option sept quant à elle reprend le système actuel instauré par la circulaire de la CSI sur l'imposition des trusts.

Le choix de l'option 1 opéré par le Conseil fédéral, soit l'imposition du trust lui-même comme une fondation, rend celui-ci nettement moins attrayant que dans le système actuel de la Circulaire CSI (dans le même sens, Opel & Oesterhelt. Vorentwurf für ein Schweizer Trust, StR 4/2022, p. 266-29). Pour les *irrevocable discretionary* trusts, la double imposition économique de la fondation et du bénéficiaire est instituée (sur la problématique générale de la double imposition du trust, Danon, Switzerland's direct and international

taxation of private express trusts, thèse Genève 2004, p. 379). Par ailleurs, les *pre-immigration* trusts tombent sous le coup de l'imposition en Suisse, ce qui n'est pas le cas actuellement. Il est à souligner que le régime fiscal proposé s'appliquerait à tous les trusts, qu'ils soient constitués selon le droit suisse ou selon le droit étranger (sous réserve dans ce dernier cas des trusts déjà existants au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions). Le problème de l'option retenue n'est pas seulement d'introduire un régime fiscal pénalisant pour les nouveaux trusts suisses mais de dégrader le traitement actuel des trusts étrangers (sous réserve pour ces derniers du droit transitoire). Dans l'analyse d'impact de la réglementation (AIR), dont fait état l'avant-projet (Rapport explicatif, p.32-33), il est d'ailleurs relevé que l'idée alternative de l'admission des fondations d'entretien devrait être accompagnée d'une élimination de la double imposition, inhérente à la structure de la personne morale (voir également p. 31).

Le traitement fiscal, dans l'avant-projet, des trusts révocables et des trusts à *fixed interest* correspond à la pratique actuelle et consiste en une imposition à un seul échelon, dans le premier cas auprès du constituant et dans le second du (des) bénéficiaire(s). Il n'est pas critiquable sous l'angle de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité contributive. La suite de la présente détermination ne concerne ainsi que le trust irrévocable et discrétionnaire.

B. Reprise du système applicable aux placements collectifs possédant des immeubles en propriété directe ?

Il est surprenant que l'avant-projet n'ait analysé ni même évoqué le seul cas en droit fiscal suisse d'une imposition d'un patrimoine séparé qui ne possède pas la personnalité juridique. Il s'agit des placements collectifs possédant des immeubles en propriété directe (art. 10, al. 2 et 49 al. 2 LIFD; art. 7, alinéa 3 LHID; art. 58 de la loi sur les placements collectifs de capitaux – LPCC). Ces structures de placements collectifs n'ont pas la personnalité morale mais sont, aux fins des impôts directs, assimilées aux autres personnes morales (art. 49, alinéa 2 LIFD). Elles sont soumises à l'impôt sur le bénéfice, au niveau fédéral, cantonal et communal, pour les rendements de leurs immeubles en propriété directe (art. 66, alinéa 3 LIFD). Comme pour les associations et fondations, leur taux d'imposition est, au niveau fédéral, de 4,25 % du bénéfice net (art. 72 LIFD). Afin d'éviter la double imposition du fond et de ses bénéficiaires, le législateur a prévu l'exonération des revenus de ces fonds de placement auprès des porteurs de parts (art. 20, alinéa 1, litt. e LIFD a contrario; Jean-Philippe Krafft, CR-LIFD, N. 171 ad. art. 20).

Même si à première vue les structures d'un placement collectif immobilier et celle d'un trust sont différentes, il n'en demeure pas moins que la problématique fiscale est la même pour chacun d'eux : comment organiser l'imposition d'un patrimoine séparé ? A cet égard, le rapprochement que propose l'avant-projet pour les *irrevocable discretionary* trusts avec la fondation est trompeur. Une grande part des fondations suisses sont exonérées des impôts directs en raison de leurs buts de pure utilité publique

(art. 56 litt. g et h LIFD). Souvent également, les versements auprès de leurs bénéficiaires sont exonérés d'impôt, soit au titre de donation (art. 24, lettre a LIFD) soit de subsides (art. 24, lettre d LIFD). Les trusts au contraire, en tant qu'outils de gestion de patrimoines privés, non susceptibles d'exonération, posent des problèmes dans le domaine fiscal qui sont plus proches de ceux des véhicules de placements collectifs que des fondations caritatives. Par ailleurs, la bonne marche d'un trust comme celle d'un fond de placement suppose l'existence d'un organe en général professionnel chargé de sa gestion, soit le trustee dans le premier cas et la direction du fond dans le second (art. 28 à 35 LPCC). Dans l'un comme l'autre cas, le patrimoine séparé est identifiable et localisable au siège de l'organe de gestion. Dans l'un et l'autre cas, en présence d'immeubles, c'est cet organe qui apparaît au registre foncier au chapitre respectif de chacun des immeubles détenus (art. 149 d LDIP et 58 litt. b ORF; art. 86 al. 2bis OPCC). En cas de faillite de l'organe de gestion, les biens confiés sont distraits de la masse dans l'un et l'autre cas également (art. 529n al. 2 CO-AP et art. 35 LPCC).

On ne saurait donc finaliser une solution fiscale pour le trust sans étudier les analogies avec l'imposition de cet autre patrimoine séparé qu'est le fond de placement collectif immobilier en propriété directe et la praticabilité de ce système déjà éprouvé pour l'imposition du trust en Suisse.

Sous l'angle de l'attractivité internationale, le taux d'imposition applicable et le fait que les revenus distribués ne sont plus imposés auprès des bénéficiaires puisqu'ils ont déjà payé l'impôt au sein du trust, serait un vrai atout. Quant à l'admissibilité politique de cette solution, le fait que ce type d'imposition à un seul échelon d'un patrimoine séparé existe déjà et soit à la disposition de tous les résidents suisses (sans que cela n'ait jamais provoqué de débat politique clivant) représenterait également un avantage important. Au grief éventuel d'une trop grande générosité en faveur du contribuable, on devrait objecter que le système d'imposition retenu, soit celui de la personne morale, fait perdre aux bénéficiaires l'avantage de l'exonération des gains en capital privés (art. 16 al. 3 LIFD), comme tel est le cas de l'impôt sur le gain immobilier dans les placements collectifs en propriété directe, dont tous les gains d'aliénation d'immeubles sont compris dans le bénéfice imposable.

L'imposition à un seul échelon du trust lui-même a sur la proposition actuelle l'avantage de la stabilité : le système est le même dans tous les cas de figure de trusts irrévocables et discrétionnaires; alors que l'avant-projet, pour éviter les nombreux cas de lacune, a dû prévoir une série d'aménagements (renoncement à l'imposition proportionnelle aux bénéficiaires suisses dans certains cas de figure (rapport, p. 109) ; renoncement au système lui-même de l'imposition à l'instar de la fondation dans d'autres cas (rapport p. 69), avec attribution des biens au constituant, en contradiction flagrante avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive).

C. Règles d'assujettissement

L'adoption pour les trusts d'une imposition à un seul échelon semblable au régime des placements collectifs immobiliers en propriété directe serait aussi de nature à régler la question délicate des critères de rattachement à la souveraineté fiscale suisse des entités « flottantes » que sont les trusts sur le plan territorial (la Circulaire CSI les figure d'ailleurs sous forme de nuages...).

L'avant-projet ne convainc pas en effet sur cette question. La règle de la présence d'un seul bénéficiaire sur le territoire suisse pour fonder le droit d'imposer de la Suisse (même de façon partielle) les biens en trust discrétionnaire est difficilement défendable. On rappelle qu'on se trouve ici en présence d'un trust discrétionnaire ; ainsi, le domicile suisse du bénéficiaire d'une distribution unique d'un trust étranger (par exemple un musicien suisse recevant un prix ou une bourse d'un trust étranger) aboutit à l'imposition non seulement de la gratification obtenue par le contribuable suisse mais des biens du trust étranger à proportion de cette distribution. La règle, compréhensible pour les *fixed interests* trusts (qui par l'assimilation à l'usufruit conduit à ce résultat) aboutit dans le cas d'un trust discrétionnaire à une résolution parfaitement aléatoire de la répartition internationale du droit de taxer, qui se heurtera au surplus dans bien des cas aux conventions de double imposition conclues par notre pays.

En matière de fonds immobiliers en propriété directe, l'imposition intervient au for de la direction de fond, quel que soit le lieu de situation des immeubles en Suisse et le domicile des porteurs de parts. Cette simplification procédurale au plan intercantonal était d'ailleurs l'une des raisons du choix de ce système (Osterhelt/Schreiber, Basler Kommentar DBG, N 20-21 ad art. 49). Un raisonnement similaire pour les trusts discrétionnaires, soit le rattachement fiscal au for du gérant des biens, c'est-à-dire au domicile du trustee, entraînerait la même simplification et constituerait un lien nettement plus pérenne, et plus facilement constatable, avec la souveraineté fiscale suisse.

D. Solidarité fiscale

L'art 55 al. 5 AP-LIFD institue une solidarité pour les impôts dû par le trust de ses bénéficiaires et de son constituant. Ainsi, la double imposition créée par le système de l'option 1 est plus lourde encore que celle frappant une fondation, qui ne connaît pas une telle solidarité. C'est pourtant le propre de la reconnaissance comme sujet fiscal autonome de toute personne morale en droit fiscal suisse: ses propriétaires ni ses bénéficiaires ne peuvent être recherchés en cas de défaillance fiscale, seul le patrimoine de l'entité répond des contributions publiques dues par celle-ci, précisément en raison de sa « personnalité fiscale » autonome. L'avant-projet s'écarte de ce principe fondamental, sans même paraître s'en rendre compte. Le motif invoqué du risque accru de recouvrement en cas de trustee à l'étranger n'y change rien : le droit fiscal suisse est déjà « équipé » dans ces cas de figure, au travers d'un dispositif de garanties qui ont fait leurs preuves (art. 169 à 173 LIFD). Ce dispositif suffit parfaitement au cas de figure du trust.

CONCLUSIONS

I. Sur la partie de droit privé de l'avant-projet

L'introduction d'un trust en droit suisse paraît aujourd'hui nécessaire pour éviter la discrimination à rebours qu'emporte l'application de la CLHT depuis 2007 pour le droit privé suisse. L'idée même d'adopter en droit suisse le trust anglo-saxon avec ses principales caractéristiques est aussi de nature à être suivie.

Malheureusement, l'avant-projet échoue dans cette adaptation. Le concept même de patrimoines séparés du même sujet de droit n'étant pas codifié en droit suisse et le projet ne comble en rien cette lacune, de sorte que le sort des obligations unipersonnelles, leur exécution, leur prescription, la compensation qui peut les concerner et même le régime des récompenses, comme la question de l'empêchement consubstantiel du conflit d'intérêts, restent dans l'obscurité la plus complète, le fondement même de l'administration séparée et des biens du trust faisant défaut.

Parmi les innombrables lacunes ou défauts relevés, celui de la publicité de l'opposabilité aux tiers de la séparation des patrimoines, née d'un acte (juridique ?), inconnue en l'état actuel de la codification qu'est l'affectation, est l'un des plus importants. Le projet va à l'encontre de l'idée même de transparence du droit privé des patrimoines séparés, et à ce titre opposable aux tiers, sans parler des risques de contournement de la publicité des fondations de famille existant depuis 2016.

Mais l'absence d'efforts de conciliation avec la codification helvétique est poussée à son paroxysme avec l'art. 529q projeté, où le tiers acquéreur est traité plus sévèrement pour n'avoir pas lu attentivement toutes les clauses d'un trust, par rapport à celui qui, acquérant un objet matériel, ignore de bonne foi l'absence de droit de disposer de son aliénateur (art. 933, 973 CC), et où ces concepts de bonne et de mauvaise foi, tirés des droits réels, s'appliqueraient à une créance en restitution de l'objet aliéné dont le débiteur ne serait que l'acquéreur direct (mais non l'actuel détenteur), tout cela en plus en prétendant que le débiteur se serait enrichi illégitimement alors qu'en réalité, par hypothèse, il dispose d'un titre

valable pour son acquisition (vente, donation, échange, etc.). L'échec d'une disposition de ce type est d'emblée programmé.

Le législateur devrait admettre ici, en suivant l'opinion déjà exprimée pour l'application en droit suisse du système des trusts étrangers, que l'action réelle est seule possible : il est seul maître du *numerus clausus* des droits réels du droit interne suisse.

En fin de compte, seule une refonte globale et complète du projet est envisageable, elle devrait être menée conjointement avec une ouverture des fondations de famille qui ne supposerait qu'une modification de l'unique art. 335 CC, parallèlement.

II. Sur la partie de droit fiscal de l'avant-projet

L'avant-projet doit être également renvoyé à son auteur pour son volet fiscal, afin de combler la lacune consistant à ne pas avoir analysé le seul cas d'imposition en Suisse d'un patrimoine séparé fiscalement, soit celui du placement collectif immobilier en propriété directe. Les avantages et inconvénients d'une reprise de ce régime pour l'imposition des *irrevocable discretionary* trusts devraient être analysés de façon approfondie, puis faire l'objet d'un projet qui sera plus simple et plus uniforme que le système instable de l'avant-projet; des aménagements procéduraux pourront être prévus en raison de l'organisation et du fonctionnement des structures particulières que sont les trusts.

L'imposition à un seul échelon des biens mis en trust est en effet la seule à même de répondre à la fois aux exigences d'égalité de traitement entre propriétaires de patrimoines privés et d'attractivité internationale de cette nouvelle institution de droit suisse.



Der Vorentwurf für einen Schweizer Trust

Ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren 2021.32 «Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)»

I. Hintergrund

Am 12. Januar 2022 hat der Bundesrat die Vernehmlassung über den Vorentwurf für ein schweizerisches Trustrecht eröffnet. Er kommt damit dem Auftrag des Parlaments nach, welches ihm mit Motion 18.3383 bereits im Jahr 2018 zur Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesentwurfs aufgefordert hatte. Eine bereits Ende 2019 publizierte Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), welche sich mit den volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Schweizer Trustrechts befasst hatte, war zum Schluss gekommen, dass in der Schweiz ein sog. Regulierungsversagen vorliegt: Der Markt sei zwar in der Lage, die Nachfrage nach Vehikeln zur Vermögensstrukturierung und Nachlassplanung zur befriedigen; das Marktergebnis selbst sei jedoch ineffizient, weil inländische Instrumente die Bedürfnisse nur teilweise befriedigen würden und der Einbezug ausländischer Vehikel kostenintensiv und mit gewissen Rechtsunsicherheiten behaftet sei.¹ Ein Schweizer Trustrecht, so die Autoren der RFA, hätte ein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis und würde, so es sich denn am Markt etablieren könne, in Kombination mit einer Liberalisierung des Stiftungsrechts ein taugliches Instrument für die Nachlassplanung darstellen.²

Nachdem ein eigentlicher Entwurf eines Schweizer Trustrechts – pandemiebedingt – länger auf sich hatte warten lassen als ursprünglich gedacht, publizierte der Bundesrat den Vorentwurf zu Beginn des Jahres 2022, zusammen mit einem 120 Seiten starken erläuternden Bericht.³ Wie schon das Regelungsmodell der Expertengruppe, das der RFA zugrunde lag,⁴ sieht der Vorentwurf eine Einführung des Trusts durch Ergänzung des Obligationenrechts vor, nämlich im Rahmen eines neuen Titels Zweiundzwanzig^{bis} im Anschluss an Leibrente und Verpfändung und vor der einfachen Gesellschaft.

Dieser Beitrag soll die zivilrechtlichen Aspekte des neuen Trustrechts beleuchten, unter Ausschluss der finanzmarktrechtlichen und steuerrechtlichen Implikationen.⁵ In einem ersten Teil werden ausgewählte Eigenschaften des geplanten Trusts „Made in Switzerland“ analysiert und auf ihre praktische Bedeutung untersucht. Im zweiten Teil wird die Einbettung des Trustrechts ins übrige Zivilrecht, insbesondere ins Schweizer Stiftungs- und Erbrecht, kritisch gewürdigt.

¹ MARIO MORGER/THOMAS LIESCH/ANDREA OPEL, Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz – Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, Bern 2019, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Regulierung/Bereitsdurchgef%C3%BChrteRFA/rfatrustschlussbericht-bass20191205.pdf.download.pdf/rfatrustschlussberichtbass20191205.pdf, 41.

² MORGER/LIESCH/OPEL, 74.

³ Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts. Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht/vn-ber.pdf> (zitiert: Erläuternder Bericht).

⁴ Zu den Einzelheiten des Regelungsmodells siehe MORGER/LIESCH/OPEL, 42.

⁵ Hierzu vgl. ANDREA OPEL/STEFAN OESTERHELT, Vorentwurf für einen Schweizer Trust. Analyse der steuerlichen Bestimmungen gemäss Vorschlag des Bundesrates vom 12. Januar 2022, *Steuer Revue* 4/2022, 266 ff.

Die Ausführungen sollen einen Beitrag zum laufenden Vernehmlassungsverfahren leisten, welches am 30. April 2022 endet.

II. Ausgewählte Aspekte des Trustrechts „Made in Switzerland“

1. Rechtsinstitut sui generis

Der Vorentwurf definiert den Trust als „Zuwidmung von Vermögenswerten durch einen oder mehrere Begründer zu einem Sondervermögen, das von einem oder mehreren Trustees im Interesse eines oder mehrerer Begünstigter gehalten und verwaltet wird“ (Art. 529a Abs. 1 VE-OR). Errichtet wird der Trust durch schriftliche (einseitige) Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) (Art. 529a Abs. 2 VE-OR); er erwirbt seine Rechtswirksamkeit indes erst, nachdem der Trustee seiner Ernennung schriftlich zugestimmt und die Trustvermögenswerte erworben hat (Art. 529b Abs. 5 VE-OR). Ohne dass es aus dem Gesetzestext explizit hervorgehen würde, hat sich der Vorentwurf damit zum Ziel gesetzt, die wesentlichen Merkmale eines angelsächsischen Trusts in Form eines neuen Rechtsinstituts *sui generis* nachzubilden⁶ (und nicht etwa, wie es namentlich von THÉVENOZ vorgeschlagen worden war, dessen rechtliche Wirkungen durch Weiterentwicklung bestehender Instrumente wie z.B. des Treuhandvertrages funktional nachzuahmen⁷). Dieser Schritt scheint gerade für Schweizer Verhältnisse mutig, präsentiert sich das neue Trustrecht doch (aus Sicht des angelsächsischen Rechts folgerichtig) weder als Vertrag noch als juristische Person.⁸ Gleichwohl bleiben die in der Schweiz bekannten Rechtsinstitute und Prinzipien grundsätzlich anwendbar, was ein hohes Mass an Rechtssicherheit garantieren soll.⁹

Ob es um die Rechtssicherheit tatsächlich so gut bestellt sein wird, wie es der Erläuternde Bericht verspricht, darf im aktuellen Stadium des Vorentwurfs zumindest angezweifelt werden. So listet Art. 529b VE-OR die „essentialia“ der Trusterklärung auf: Die Trusturkunde muss die Erklärung des Begründers, Vermögenswerte einem Trust zuzuwidmen, enthalten, eine Bezeichnung der Begünstigten und des Trustees sowie Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts, wobei die Bezeichnung des Trustees unterbleiben kann, wenn der Trust mittels Verfügung von Todes wegen errichtet wird (Abs. 2 leg. cit.); im letzten Fall kann jede interessierte Person beim Gericht die Bezeichnung des Trustees verlangen. Auch der Begründer selbst kann Trustee sein, wobei die Trusturkunde in einem solchen Fall die Vermögenswerte, welche dem Trust zugewidmet werden, genau bezeichnen muss (Abs. 3 leg. cit.). In dieser Auflistung der „essentialia“ liegen gleich zwei dogmatische Schwierigkeiten begraben:

Erstens ist unklar, wie die „Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts“ konkret auszusehen bzw. welchen Detaillierungsgrad sie aufzuweisen haben, um dem zwingend notwendigen Inhalt der Trusterklärung (ohne welchen der Trust nicht wirksam wird¹⁰) zu entsprechen. Es wäre rechtssicherer und mit Blick auf die entsprechende Regelung bei Stiftungen¹¹ auch konsequenter, wenn sich die zwingend notwendigen Bestimmungen über die Administration des Trusts in der Benennung eines Trustees (welche bei der Trusterrichtung unter Lebenden ohnehin bereits zum notwendigen Inhalt der Trusturkunde gehört) erschöpfen würden; allfällige organisatorische Mängel können dann auf Antrag des Trustees oder der Begünstigten von einem Gericht behoben werden (Art. 529v Abs. 2 VE-OR sieht eine entsprechende Möglichkeit der gerichtlichen Änderung der Trusturkunde vor). Die Grundsätze über die Verwaltung des

⁶ Erläuternder Bericht, 31 f.

⁷ Vgl. LUC THÉVENOZ, Propositions pour un trust suisse, SZW 2018, 99 ff.

⁸ Erläuternder Bericht, 61.

⁹ Erläuternder Bericht, 3 und 31.

¹⁰ Der Erläuternde Bericht, 88 bezeichnet die in Abs. 1 von Art. 529b VE-OR genannten Bestimmungen als «absolut unerlässlich».

¹¹ Art. 83d ZGB.

Trustvermögens (Investitionsgrundsätze etc.) könnten zudem ohne Probleme eine gesetzliche Basisregelung erfahren, für den Fall, dass die Trusturkunde keine entsprechenden Regeln vorsieht. Alternativ könnten entsprechende Grundsätze durch die Rechtsprechung entwickelt werden, wie es auch bei den Stiftungen geschehen ist.

Zweitens schafft der Vorentwurf für den Fall der Trusterrichtung von Todes wegen die Möglichkeit eines *Schwebezustands*, in welchem der Trust zwar noch keine Rechtswirksamkeit aufweist (weil der Trustee noch vom Gericht bestimmt werden und die Ernennung akzeptieren muss, Art. 529b Abs. 2 VE-OR), der noch nicht bezeichnete Trustee aber infolge Eintreten des Erbfalles bereits Erbe oder Vermächtnisnehmer des Nachlasses geworden ist.¹² Das erbrechtliche Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit verbietet es eigentlich, die Identität von Erben oder Vermächtnisnehmern (d.h. des Trustees) durch Dritte, z.B. ein Gericht, bestimmen zu lassen.¹³ Es wäre daher dogmatisch eleganter, in jenen Fällen, in denen die Verfügung von Todes wegen die Identität des Trustees nicht selbst bestimmt, die Erbengemeinschaft als Co-Trustees zu betrachten, die sodann durch den vom Gericht bestimmten Trustee ersetzt werden. Denn zwischen Eintreten des Erbfalles und den notwendigen behördlichen Anordnungen (z.B. Sicherungsmassnahmen, Ausstellen von Erbscheinen und Willensvollstreckerzeugnissen usw.) vergeht naturgemäss selbst dann eine gewisse Zeit, wenn die berechtigten Personen von Anfang an bekannt sind. Die meisten „traditionellen“ Trustrechtsordnungen wie England und Wales sowie zahlreiche US-Bundesstaaten kennen keinen unmittelbaren Übergang des Eigentums auf die Erben, sondern das Eigentum am Nachlass wächst dort typischerweise zunächst einem „personal representative“ (Testamentsvollstrecker) an, welcher das Vermögen dann an den Trustee überträgt.¹⁴

2. Zulässige Zwecke

Wie gesehen, stellt auch die Bezeichnung der Begünstigten ein *essentialium* der Trusterrichtung dar, ohne welches der Trust nicht zustande kommen kann.¹⁵ Gemeinnützige und andere „purpose trusts“ (d.h. Trusts, welche keine Begünstigten, sondern nur einen Zweck aufweisen) sind nicht vorgesehen.¹⁶ Vielmehr müssen die Begünstigten des Trusts namentlich bestimmt oder jedenfalls im Zeitpunkt der Ausrichtung der Leistung bestimmbar sein (Art. 529c Abs. 1 VE-OR), wobei aber auch gemeinnützige Organisationen als Begünstigte genannt werden können. Der Trustee darf nicht einziger Begünstigter sein.

Der Ausschluss reiner *purpose trusts* ist konsequent, wenn man bedenkt, dass gerade nicht Ziel der Vorlage war, neben der Stiftung ein weiteres, mit dieser konkurrierendes Vehikel zur Verfolgung gemeinnütziger (oder anderer auf Dauer perpetuierter) Zwecke zu schaffen.¹⁷ Die Schweizer Stiftung erfüllt diese Funktion bereits zur hohen Zufriedenheit der jeweiligen Stakeholder. Ausserdem würde ein Trust ohne Begünstigte an einem „Aufsichtsvakuum“ leiden, je-

¹² Erläuternder Bericht, 88.

¹³ Statt aller MURIELLE FISCHER, Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit im Erbrecht, Jusletter 13. Februar 2017, Rz. 32 f. m.w.N. Der Fall ist auch nicht vergleichbar mit der (auf den ersten Blick parallelen) Frage der Entstehung der *Stiftung von Todes wegen*, bei der die Sonderbestimmung des Art. 493 ZGB die Existenz des (von vornherein bestimmten) Erben im Todeszeitpunkt garantiert, wie auch immer man diese Wirkung (was seit Jahrzehnten umstritten ist) konstruieren will; vgl. zum Meinungsstand statt aller HAROLD GRÜNINGER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 493 N 3.

¹⁴ A.J. OAKLEY, Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts, Rz. 1-060, 6. Aufl., London 2006, insbesondere Rz. 1-062 a.E., sowie Rz. 13-018 ff.

¹⁵ Erläuternder Bericht, 88.

¹⁶ Erläuternder Bericht, 61 sowie 90 zu Art. 529c VE-OR.

¹⁷ Erläuternder Bericht, 61. Es kann nach dieser Konzeption somit auch keinen Trust mit dem Zweck der Erhaltung eines bestimmten Unternehmens o.ä. geben.

denfalls solange die Trusturkunde keinen Protektor i.S.v. Art. 529e Abs. 1 Ziff. 5 VE-OR vorsieht. Es scheint deshalb ratsam, dass das Parlament an diesem Ausschluss von *purpose trusts* festhält. Die Regel, dass der Trustee nicht einziger Begünstigter sein darf, ist aus demselben Grund ebenfalls zu begrüssen: Die Begünstigten nehmen bei einem Trust eine Aufsichtsfunktion wahr, welche bei vollkommener personeller Identität von Trustee und Begünstigtem nicht mehr gewährleistet wäre.

3. Ausgestaltung der Begünstigung

Möglich ist eine Begünstigung mit Rechtsanspruch (i.S.e. „fixed interest trust“) oder eine Ermessensbegünstigung (i.S.e. Anwartschaft der Begünstigten, „discretionary trust“) (Art. 529d Abs. 1 VE-OR), wobei feste Rechtsansprüche an Bedingungen und Fristen geknüpft werden können (Abs. 2 leg. cit.). Anspruchsbegünstigungen sind – sofern die Trusturkunde nichts anderes vorsieht – abtret-, aber nicht vererbbar. Anwartschaften sind weder abtret- noch vererbbar (Abs. 3 leg. cit.). Begünstigte können jederzeit schriftlich auf ihre Rechte oder Anwartschaften aus dem Trust verzichten (Abs. 4 leg. cit.).

Die Möglichkeit, sowohl *discretionary* als auch *fixed interest trusts* zu errichten, ist begrüssenswert und entspricht nicht nur dem Vorbild des idealtypischen angelsächsischen Trusts, sondern auch den Möglichkeiten, welche moderne Privatstiftungsrechtsordnungen wie etwa Liechtenstein zur Verfügung stellen. Dass Anwartschaften an einem *discretionary trust* nicht übertrag- oder vererbbar sind, erscheint konsequent, zumal es sich nicht um geldwerte Rechte handelt. Indes erschliesst sich nicht ohne Weiteres, warum feste Ansprüche eines Begünstigten an einem *fixed interest trust* von Gesetzes wegen zwar zedier-, nicht aber vererbbar sein sollten; üblicherweise sind im Schweizer Recht persönliche Rechte *entweder* sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen übertragbar (so jedenfalls die gesetzliche Regelung für die allermeisten Forderungen, Immaterialgüterrechte, zahlreiche dingliche Rechte wie das Eigentum sowie Gesellschaftsanteile wie Aktien und Stammanteile) *oder* aber höchstpersönlich und gehen dann mit dem Tod des Rechteinhabers unter (so etwa Nutzniessungen und Wohnrechte). Es wäre daher konsequent und wünschenswert, der vermögenswerten Natur der Ansprüche aus einem *fixed interest trust* Rechnung zu tragen und zuzulassen, dass die Ansprüche – abweichende Anordnungen in der Trusturkunde vorbehalten – sowohl zedierbar als auch vererblich sind. Oder man orientiert sich an der Stiftung, wo die Begünstigtenstellung *im Normalfall* als höchstpersönlich und damit nicht fungibel sein dürfte, wobei der Stifter aber ausdrücklich oder konkludent etwas anderes vorsehen darf.¹⁸ Offen ist nicht zuletzt, aber auch wegen der Unterscheidung zwischen Abtret- und Vererbbarkeit ausserdem, ob die Begünstigung an einem *fixed interest trust* in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen einen Beneficiary verwertet werden kann. Der Vorentwurf äussert sich nur dazu, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Trustee gemäss Art. 529n Abs. 2 VE-OR das Trustvermögen nur für die Verbindlichkeiten, die in den Bestimmungen der Trusturkunde bestimmt oder aus der gehörigen Erfüllung des Trusts entstanden sind, haftet; für alle anderen Forderungen ist die Zwangsvollstreckung in das Trustvermögen ausgeschlossen.¹⁹

4. Begründerrechte

Der Begründer (Settlor) kann sich in der Trusturkunde gemäss Vorentwurf diverse Befugnisse vorbehalten (Art. 529e VE-OR), so etwa das Recht auf Widerruf oder Auflösung des Trusts,

¹⁸ Vgl. dazu DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2007, 197 f.

¹⁹ Erläuternder Bericht, 102.

das Recht, den Trustee zu ersetzen oder dessen Nachfolger zu bestimmen sowie das Recht, Handlungen des Trustees von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Dem Wortlaut der Bestimmung nach ist die Auflistung dieser Möglichkeiten nicht abschliessend („insbesondere“). Diese Begründerrechte sind vertretungsfeindlich (Abs. 2 leg. cit.).

Es ist nachvollziehbar, dass ein Trustrecht, welches die Privatautonomie des Begründers hochhält, auch weitgehende Begründerrechte zulassen will. Im Gegensatz zur Stiftung ist es weder notwendig noch wünschenswert, dass ein Trust „erstarrt“ und der Wille des Begründers auf unbefristete Zeit zementiert wird. Aufgrund der strengen Transparenz- und Dokumentationsvorschriften und der steuerrechtlichen Regelung für widerrufliche Trusts²⁰ erscheint auch die Gefahr eigentlicher *sham trusts*, bei welchen der Begründer gar nicht die Absicht hat, einen Trust zu errichten, nicht besonders hoch. Trotzdem dürfte es sinnvoll sein, den zulässigen voraussichtlichen Begründerrechten gewisse Schranken entgegenzuhalten; etwa könnte die Einräumung weitgehender Begründerrechte davon abhängig gemacht werden, dass Begründer und Trustee verschiedene Personen sind, dass mehr als ein Trustee existiert oder zusätzlich ein Protektor ernannt wird (Art. 529e Ziff. 5 VE-OR; zu den Befugnissen des Protektors Art. 529f VE-OR); dies um sicherzustellen, dass der Trust auch bei weitgehenden Begründerrechten *lege artis* und nach dem Vier-Augen-Prinzip verwaltet wird.

5. Kompetenzen des Trustees

Der Trustee ist – wie im angelsächsischen Modell – Eigentümer des Trustvermögens (Art. 529l VE-OR). Art. 529g bezeichnet die Befugnisse und Pflichten des Trustees: Er hat das Trustvermögen gemäss der Trusturkunde und den gesetzlichen Bestimmungen zu verwalten, zu verwenden und darüber zu verfügen (Abs. 1) und kann in eigenem Namen und in seiner Funktion als Trustee in allen Angelegenheiten des Trusts klagen und beklagt werden sowie betreiben und betrieben werden (Abs. 2). Auch hier entspricht der Vorentwurf von der Funktionsweise her einem angelsächsischen Trust. Bemerkenswert erscheint jedoch, dass der Trustee von Gesetzes wegen mit seinem persönlichen Vermögen *für die in Erfüllung seiner Pflichten als Trustee eingegangenen Verbindlichkeiten haftet* (Abs. 3), was nur durch abweichende Vereinbarung mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden kann. Dies gilt, obwohl das Trustvermögen und dessen Schulden – wiederum wie beim angelsächsischen Grundmodell – ansonsten ein vom persönlichen Vermögen des Trustees *getrenntes Sondervermögen* bilden (Art. 529n Abs. 1 VE-OR) und umgekehrt nur für die Verbindlichkeiten des Trusts sowie für in der Trusturkunde bestimmte Verbindlichkeiten haftet (Abs. 2 leg. cit.). Die persönliche Haftbarkeit des Trustees für Schulden des Trusts dürfte die Kosten für die Verwaltung eines Trusts tendenziell erhöhen und entsprechende Haftpflichtversicherungen notwendig machen. Aus Sicht des Begründers und der Begünstigten trägt dieses einseitige „ring-fencing“ aber zur sorgfältigeren Geschäftsführung im Interesse des Trustvermögens bei und könnte sich als sinnvolles Governance-Instrument erweisen.

Der Trustee hat seine Tätigkeit persönlich auszuüben (Art. 529g Abs. 4 VE-OR), was zu begrüssen ist; ihn treffen zahlreiche Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 529h VE-OR), darunter unter anderem diverse Informations- und Dokumentationspflichten wie etwa zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen. Trustees sind grundsätzlich entgeltlich tätig und haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Art. 529o Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR). Wird die Vergütung in der Urkunde nicht festgeschrieben, richtet sie sich nach den Umständen und

²⁰ Bei widerruflichen Trusts wird das Trustvermögen nach einhelliger Meinung dem Settlor zugerechnet, siehe statt aller OPEL/OESTERHELT, Steuer Revue 4/2022, 268 m.w.N.

muss objektiv angemessen sein.²¹ Obwohl verständlich ist, dass ein Bundesgesetz die Angemessenheit einer Vergütung nicht abstrakt definieren kann, wäre dennoch wünschenswert, dass das Gesetz sich immerhin dazu äussert, wie bei Streitigkeiten oder sonstigen Unsicherheiten vorzugehen ist (etwa, wenn die in der Trusturkunde vorgesehene Vergütung nicht [mehr] angemessen erscheint oder der Trustee aus Sicht der Begünstigten einen unangemessen hohen Zeitaufwand geltend macht). Gestützt auf den Vorentwurf ist davon auszugehen, dass auch für solche Fragen das Gericht anzurufen ist (Art. 529v Abs. 1 und 2 VE-OR). Allenfalls könnte es sich lohnen, diese Frage positivrechtlich zu regeln.

Erwähnenswert ist, dass der Begründer den Trustee von seinen grundsätzlich geltenden Pflichten zur Unabhängigkeit vom Begründer, zur Vermeidung von Interessenkonflikten, zur Unparteilichkeit gegenüber mehreren Begünstigten, zur getrennten Aufbewahrung des Trustvermögens vom persönlichen Vermögen und zur Anlage desselben mit Sorgfalt und Vorsicht im Sinne der Begünstigten *befreien kann* (Art. 529h Abs. 3 VE-OR). Dies unterstreicht den hohen Stellenwert, welchen der Bundesrat der Parteiautonomie beimisst. Die gesetzliche Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Unabhängigkeit vom Begründer mag bei einem innerhalb einer Familie verwalteten Trust weiter gehen als in familiären Verhältnissen notwendig und durchführbar; es ist aber nicht ersichtlich, welche Vorteile sich aus der Wegbedingung einer Sorgfaltspflicht und der getrennten Aufbewahrung sowie der Unparteilichkeit gegenüber den Begünstigten ergeben. Es ist zu raten, dass diese Freiheiten noch einmal überdacht werden.

6. Austausch von Trustees und Übergang der Rechte am Trustvermögen

Art. 529s VE-OR regelt den Ersatz von Trustees und Protektoren. Sieht die Trusturkunde keine entsprechende Regel vor, sind Ersatzpersonen vom Gericht zu bestimmen (Abs. 3 leg. cit.). Ausser in Fällen, wo der Trustee verstorben ist, ohne dass Co-Trustees existieren, kommt es bei einem Trustee-Wechsel zu einer Singularsukzession der Vermögenswerte. Es ist ein schriftlicher Übertragungsvertrag notwendig; die Übertragung von Aktiven und Passiven kann mittels Vermögensübernahme gemäss Art. 181 OR erfolgen, das Fusionsgesetz ist nicht anwendbar (Abs. 4 leg. cit.).

Schwierigkeiten bereitet bei der aktuellen Regelung die Situation, in welcher der Trustee verstirbt, ohne dass ein weiterer Trustee existiert. In einem solchen Fall muss das Gericht (oder wer auch immer nach der Trusturkunde dazu befugt ist) einen neuen Trustee ernennen. Erst mit der Ernennung dieses Ersatz-Trustees geht das Vermögen des Trusts via Universalsukzession auf den neuen Trustee über, *ohne vorher in den Nachlass zu fallen*.²² Mit anderen Worten wird das Trustvermögen im Todeszeitpunkt und bis zur Ernennung eines neuen Trustees *eigentümerlos*. Das mag man dogmatisch korrigieren, indem man den Rechtsübergang rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erbfalles eintreten lässt; es löst jedoch das praktische Problem nicht, dass zwischen Tod und Einsetzung eines neuen Trustees eine beträchtliche Zeitspanne liegen kann, in welchem möglicherweise Verwaltungsmassnahmen notwendig werden (siehe dazu schon vorne II.1.). Dieses Problem sollte der Gesetzgeber lösen, etwa indem er entweder Protektoren oder Co-Trustees verpflichtend macht oder indem er das Eigentum und die Verwaltungskompetenz hinsichtlich des Trustvermögens bis zur Ernennung eines neuen Trustees einer anderen Person anwachsen lässt.

Das Gesetz äussert sich ebenso wenig dazu, wie vorzugehen ist, wenn der Trustee während eines laufenden Prozesses, welcher den Trust resp. sein Vermögen betrifft, ausgetauscht wird.

²¹ Erläuternder Bericht, 103.

²² Erläuternder Bericht, 106.

Aufseiten des Trusts kommt es dabei eigentlich zu einem Parteiwechsel gemäss Art. 83 Abs. 1 ZPO. Gleichzeitig haftet der alte Trustee aber gemäss Art. 529g Abs. 3 VE-OR mit seinem persönlichen Vermögen für allfällige Verbindlichkeiten des Trusts weiter. Um andere Prozessparteien nicht zu benachteiligen, ist wohl zuzulassen, den Prozess gegen den alten Trustee weiterzuführen resp. dem alten Trustee gegenüber vorgenommene Prozesshandlungen auch dem neuen Trustee entgegenzuhalten; dies jedenfalls so lange, als der Trustee-Wechsel der Gegenpartei nicht angezeigt ist. Auch hier wäre eine positivrechtliche Regelung wünschenswert.

7. Begünstigtenrechte

Der Trustee hat den Begünstigten gegenüber diverse Rechenschaftspflichten (Art. 529i VE-OR) und den Begünstigten kommt ein Auskunftsrecht in Bezug auf ihre Rechte und Anwartschaften zu (Abs. 2 leg. cit.). Spannend ist darüber hinaus insbesondere das dem angelsächsischen Recht nachempfundene *Folgerecht* („tracing“), welches die „Nachverfolgung“ unberechtigterweise veräusserten Trustvermögens nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung ermöglicht (Art. 529q Abs. 1 VE-OR). Indes besteht das Rückerstattungsrecht nicht gegenüber dem gutgläubigen, entgeltlichen Erwerber (Abs. 3 leg. cit), was den Anwendungsbereich des Folgerechts erheblich einschränken, ja dieses geradezu zahnlos machen dürfte. Hier zeigt sich, wie schwierig die Interessenabwägung zwischen den Interessen der Begünstigten und des Begründers an der Durchsetzung des Trustinstruments und den Interessen des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit in Trustverhältnissen tatsächlich ist. Einen Ausgleich könnte man allenfalls schaffen, indem man Rückerstattungsansprüche gegenüber entgeltlichen, gutgläubigen Erwerbern zwar zulässt, aber an eine kürzere (relative und absolute) Verjährungsfrist statt der gesetzlichen drei bzw. zehn Jahre knüpft.

Die Begünstigten können ausserdem die Abberufung des Trustees sowie Ersatz des Schadens verlangen, welchen der Trustee ihnen oder dem Trust zugefügt hat (Art. 529k Abs. 2 OR); ausserdem können sie Klage einreichen, um eigene Ansprüche gegenüber dem Trust oder die Einhaltung der Trusturkunde zu verlangen.²³ Während diese Klagerechte der Begünstigten selbstredend gerechtfertigt sind, schweigt sich das Gesetz leider darüber aus, wie die Interessen des Trusts zu wahren sind, wenn ein Trustee zwar (noch) nicht abberufen worden ist, sich aber ein Rechtsstreit zwischen ihm und den Begünstigten oder einer anderen Partei abzeichnet und die Interessen des Trusts dabei gefährdet werden. In diesem Fall wird das Gericht entweder den Trustee im Rahmen des Prozesses abberufen und ersetzen müssen, oder das Gesetz müsste eine Möglichkeit vorsehen, dem Trust (u.U. auch superprovisorisch) temporär einen Sachwalter zur Seite zu stellen, bis ein neuer Trustee gefunden ist. Dies ist auch deshalb notwendig, weil im Falle eines Schadenersatzprozesses, in welchem der Trustee zur Ersatzleistung „an den Trust“ verpflichtet wird, diesen Ersatz sonst „an sich selbst“ leisten müsste, was unbefriedigend ist, wenn der Trustee seine Pflicht zur Wahrung der Begünstigteninteressen bereits einmal verletzt hat.

8. Änderung und Auflösung des Trusts

Die Trusturkunde kann – entsprechende Ermächtigung in selbiger vorausgesetzt – durch den Begründer, den Trustee oder einen Protektor geändert werden (Art. 529t VE-OR). Der Trust wird aufgelöst, wenn eine urkundlich festgelegte Dauer abgelaufen, Auflösungsvoraussetzungen erfüllt oder aber sämtliche Begünstigten weggefallen sind, spätestens jedoch nach 100 Jahren (Art. 529u Abs. 1 VE-OR; „rule against perpetuities“). Sind die Begünstigten in der

²³ Erläuternder Bericht, 66.

Trusturkunde abschliessend bestimmt, können sie auch den Trust vorzeitig auflösen (Abs. 2 leg. cit.). Die zeitliche Beschränkung entspricht der angelsächsischen Tradition und den etablierten Prinzipien des Schweizer (Erb-) Rechts, welches dauerhafte Bindungen an die „tote Hand des Erblassers“ stets zu beschränken versucht hat (namentlich durch das Verbot von Familienfideikommissen, Art. 335 Abs. 2 ZGB, und das Verbot der mehrfachen Nacherbeneinsetzung, Art. 488 ZGB). Auch im Erbrecht ist es der Erbengemeinschaft möglich, durch einstimmige Abrede etwa von Teilungsanordnungen des Erblassers abzuweichen.²⁴ Die Zeitdauer von 100 Jahren ist wesentlich länger als die ursprünglich angedachten 60 Jahre, die der RFA zugrunde lagen.²⁵ Im Gegensatz zu Baurechten und Nutzniessungen, welche im Erläuternden Bericht als Beispiele für Rechte zitiert werden, die ebenfalls nach längstens 100 Jahren untergehen, ist ein Trust freilich selten Grundlage für grössere Investitionen (z.B. Überbauung einer Liegenschaft), die es während einer längeren Laufzeit zu amortisieren gilt. Man könnte deshalb in Erwägung ziehen, die Maximaldauer z.B. auf 80 Jahre zu begrenzen oder einen Mechanismus ähnlich dem Urheberrecht einzuführen (Lebensdauer des Begründers plus 50 Jahre), um das Trustvermögen nicht länger als nötig dem Wirtschaftskreislauf zu entziehen. Würde man – was dringend anzuraten ist – das Recht der Familienstiftung liberalisieren und eine zeitlich begrenzte voraussetzungslose Unterhaltsstiftung zulassen, wäre eine parallele maximale Zeitdauer naheliegend, wenn nicht imperativ.²⁶ Bereits hieran sieht man, dass die Einführung eines Trusts ohne die Anpassung der Familienstiftung zu Wertungswidersprüchen führt.

9. Streitbeilegung

Auch in Bezug auf die Rolle des Gerichts orientiert sich der Vorentwurf am angelsächsischen Vorbild. So soll ihm eine wichtige Funktion zur Klärung der Tragweite von Rechten und Pflichten der Trust-Beteiligten zukommen (Art. 529v Abs. 1 VE-OR). Das Gericht kann ausserdem die Trust-Urkunde anpassen oder die Auflösung des Trusts anordnen, sofern dies aus triftigen sachlichen Gründen geboten ist und keine Rechte von Begünstigten und Dritten verletzt werden (Abs. 2 leg. cit.). Hier irritiert, dass die *gerichtliche Änderung der Trusturkunde* (in einem Fall, wo diese Kompetenz nicht bereits einem anderen Trust-Beteiligten zukommt, Art. 529t Abs. 1 VE-OR) von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht wird als (jedenfalls unwesentliche) Änderungen einer Stiftungsurkunde; das ist vor allem insofern inkonsequent, als der Trust – wie gesehen – im Gegensatz zur Stiftung nicht „erstarren“ soll und das Parlament für Stiftungen erst unlängst eine (vollkommen unstrittige) Neuformulierung von Art. 86b ZGB beschlossen hatte (neu sind unwesentliche Änderungen bei Stiftungen möglich, wenn sie aus «aus sachlichen Gründen als gerechtfertigt» erscheinen und müssen nicht mehr aus «triftigen sachlichen Gründen geboten» sein).²⁷

Ferner sind eine Schiedsklausel (Art. 529w VE-OR) oder eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 39a VE-ZPO) in der Trusturkunde nach dem Vorentwurf zulässig. Dies entspricht den jüngeren Entwicklungen, Schiedsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen auch in Statuten, Stiftungsurkunden, Testamenten und anderen einseitigen Rechtsgeschäften zuzulassen und ist zu begrüssen.

²⁴ Sog. Prinzip der freien Erbteilung, Art. 607 Abs. 2 ZGB; siehe statt aller STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 608 N 28 m.w.N.

²⁵ MORGER/LIESCH/OPEL, 42.

²⁶ DOMINIQUE JAKOB, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda. Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter vom 20. April 2020, Rz. 46 ff.

²⁷ BBI 2021 2992 S. 2.

II. Einbettung in das Schweizer Privatrecht

Der Vorentwurf sieht nur sehr geringfügige Anpassungen des übrigen Schweizer Privatrechts vor, um den Trust in die Rechtsordnung einzubetten. Während dies Ausdruck der vielgelobten Schweizer Zurückhaltung sein mag, gibt es im Vorentwurf gleichwohl Auslassungen, welche für den Rechtsanwender mit Rechtsunsicherheiten verbunden sind.

1. Stiftungsrecht

Die Autoren dieses Beitrags haben bereits in früheren Publikationen angeregt, anstelle (oder mindestens in Ergänzung zu) der Einführung eines Schweizer Trustrechts die Familienstiftung zu modernisieren und zumindest das längst nicht mehr zeitgemässe Verbot der Unterhaltsstiftung abzuschaffen, und sei es auch in Verbindung mit einer Maximaldauer solcher Zwecke.²⁸ Auch der Bundesrat stand einer Öffnung der Familienstiftung ursprünglich offen gegenüber.²⁹ Der Vorentwurf verzichtet auf solche Anpassungen; der Erläuternde Bericht liefert dafür eine Begründung, die mehr als fragwürdig ist.

Etwa wird angeführt, dass der (bei Publikation des Erläuternden Berichts notabene längst überholte) Vorentwurf zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 14.470 (Luginbühl) zur Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz keine solche Massnahme vorschläge.³⁰ Dieses Argument verfängt nicht, zumal bereits die parlamentarische Initiative selbst ausschliesslich auf klassische gemeinnützige Stiftungen fokussiert war und gar keinen entsprechenden Vorschlag enthielt. Ausserdem umfasste die parlamentarische Initiative bereits mehrere umstrittene Anstösse zur Modernisierung des Stiftungsrechts (namentlich zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde, zur Haftungsbegrenzung von Stiftungsräten und zur Zulässigkeit der Entlohnung von Leitungsorganen gemeinnütziger, steuerbefreiter Stiftungen); dass somit der im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Forderung, die Familienstiftung in die Revision nachträglich einzubeziehen, nicht nachgekommen wurde, war angesichts der bereits grossen thematischen Vielfalt der parlamentarischen Initiative nicht weiter überraschend und kann nicht als Ausdruck fehlenden gesetzgeberischen Willens gewertet werden.

Es mutet deshalb auch seltsam an, dass der Erläuternde Bericht weiter anführt, eine Einführung der Unterhaltsstiftung könne nur im Rahmen einer umfassenden Revision des Stiftungsrechts und mit einem „politischen Auftrag, beruhend auf klaren Forderungen der interessierten Kreise“ vollzogen werden.³¹ Dabei wäre im Gegenteil die vorliegende Reform der richtige Zeitpunkt, der notwendige Auftrag und der entsprechende thematische Kontext gewesen. Der Bundesrat wird durch die Motion 18.3383 beauftragt, die „rechtlichen Grundlagen“ für die Einführung eines Trusts zu schaffen, was naturgemäss auch eine Anpassung der umliegenden Rechtsgebiete erfordert und mit dem Erb- und Steuerrecht ja auch getan wurde. Im Kern geht es darum, den Rechtsbereich der Vermögens- und Nachlassplanung neu zu gestalten und sinnvoll zu ergänzen. Die Familienstiftung steht aber viel näher am Thema der privaten Vermögens- und Nachlassplanung als am gemeinnützigen Stiftungssektor. Die RFA hat klar vor Augen geführt, dass die Bedürfnisse des Sektors (und die Beseitigung des Regulierungsversagens) die Adressierung des Trusts *und* der Familienstiftung erfordern und eine Liberalisierung letzterer das deutlich einfachere und im Zweifel effektivere Ansinnen wäre.³² Wer vor

²⁸ DOMINIQUE JAKOB/MICHELLE KALT, Ein Trustrecht für die Schweiz?, ExpertFocus 9/2019, 630 ff.; gl.M. NATALIE PETER, Introduction of a trust law in Switzerland, Trusts & Trustees, Vol. 25, No. 6, July 2019, 578 ff.

²⁹ Erläuternder Bericht, 32, wonach „überzeugende Argumente für eine Erweiterung der Zwecke von Familienstiftungen und die Zulassung von Unterhaltsstiftungen“ sprechen.

³⁰ Erläuternder Bericht, 32.

³¹ Erläuternder Bericht, 33.

³² Siehe nur das Fazit bei MORGER/LIESCH/OPEL, 76 f.

diesem Hintergrund sagt, es gäbe kein Mandat für den Einbezug der Familienstiftung in die Vorlage, verschliesst die Augen vor der politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Realität.

Auch der Verweis auf die Notwendigkeit einer umfassenden Reform des Stiftungsrechts geht fehl. Zum einen hat eine solche „umfassende Reform“ des Stiftungsrechts gerade stattgefunden und ist am 17. Dezember 2021 verabschiedet worden (Parlamentarische Initiative 14.470). An der Behandlung der parlamentarischen Initiative kann man zum einen erkennen, wie schwer sich der Gesetzgeber mit einer echten, systematisch-ganzheitlichen Reform des Stiftungsrechts tut bzw. tun würde, und zum anderen, dass es in den nächsten Jahren sicherlich keine weitere Reform des Stiftungsrechts geben wird. Vor allem aber ist eine umfassende Revision des Stiftungsrechts zur Modernisierung der Familienstiftung und zur Einführung der Unterhaltsstiftung schlicht nicht nötig. Theoretisch würde *ein* neuer Halbsatz in Art. 335 ZGB³³ (oder in Art. 87 ZGB³⁴), der Unterhaltszwecke für die Dauer von z.B. 100 Jahren zulässt, genügen. Die aufsichtsrechtlichen Bedürfnisse einer Unterhaltsstiftung unterscheiden sich nicht von jenen einer „normalen“ Familienstiftung; auch sie kann ohne weiteres mithilfe entsprechender Antragsrechte der Destinatäre vom Gericht beaufsichtigt werden. Auch eine Steuerreform erscheint zwar wünschenswert (zumal die Familienstiftung heute steuerlich als sehr unattraktiv gilt), aber für die Liberalisierung nicht unmittelbar zwingend, zumindest muss sie nicht zeitgleich mit der zivilrechtlichen Revision umgesetzt werden; auch für das Trustrecht sind die steuerrechtlichen Revisionen offensichtlich kein Hindernis.³⁶ Alle übrigen Rahmenregelungen (etwa in Bezug auf die internationalen Standards) greifen entweder heute schon oder könnten durch die Gerichte justiert werden – der entscheidende Effekt für die Praktikabilität (oder gar die vom Erläuternden Bericht genannte Attraktivität) des Rechtsinstituts wäre bereits, dass durch die „Abschaffung“ des (ohnehin lediglich durch die Rechtsprechung kreierte)³⁷ „Verbots“ einer Unterhaltsstiftung die Rechtsgrundlage für die Diskriminierung der Familienstiftung durch die Gerichte und die Handelsregisterbehörden entfallen würde.

Es ist mehr als schade, dass es der Bundesrat trotz wiederholter (und gleichsam einstimmiger) Kritik der Lehre und Praxis am Status Quo und sogar eigener positiver Positionierungen³⁸ im Rahmen eines ohnehin derart aufwändigen und thematisch passenden Gesetzgebungsprojekts die Augen weiter verschliesst und darauf verzichtet hat, die Restriktionen zulässiger Familienstiftungszwecke zu lockern. Und last but not least könnte dieses fortdauernde „Regulierungsversagen“ auch der Trustvorlage das Genick brechen: Den vorgestellten Trust einzuführen, ohne Art. 335 ZGB anzupassen, würde nämlich zu einem krassen Wertungswiderspruch in der Gesamtrechtsordnung führen, der kaum widerspruchsfrei hinzunehmen wäre, wenn der Trust „kann“, was der Familienstiftung weiterhin versagt sein soll. Aus Sicht der Autoren wäre die Liberalisierung von Art. 335 ZGB somit geradezu notwendig, um eine wertungswiderspruchsfreie Einführung des Trusts überhaupt erst zu ermöglichen, möchte man „Unterhaltstrusts“ nicht wegen Art. 335 verbieten.³⁹

³³ So bereits DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013/II, 333 ff. sowie DOMINIQUE JAKOB, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung, in: Jakob (Hrsg.), Stiftung und Familie, Basel 2015, 74.

³⁴ Siehe JAKOB, Jusletter vom 20. April 2020, Rz. 46 ff., wo ein etwas weiter reichender Vorschlag für eine Neugestaltung der Art. 87 ff. ZGB gemacht wird, der aber durchaus auch als Matrix für die vorliegende Reform dienen könnte.

³⁶ Erläuternder Bericht, 3, wonach Vermögen und Einkommen eines *discretionary trust* (welcher von der Funktion her einer typischen Unterhaltsstiftung am nächsten kommen dürfte) neu dem Trust zugerechnet werden, welcher wie eine Stiftung als selbständiges Steuersubjekt behandelt wird.

³⁷ Hierzu JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013/II, 323 ff, 329 ff.

³⁸ Erläuternder Bericht, 32 f.

³⁹ JAKOB/KALT, ExpertFocus 9/2019, 634.

2. Erbrecht

Auch im Erbrecht hält sich der Vorentwurf mit Anpassungen vornehm zurück. Die einzigen Änderungen sind Art. 493 VE-ZGB (Trusterrichtung von Todes wegen) und Art. 528 Abs. 3 VE-ZGB, wonach bei Zuwendungen an einen Trust die Herabsetzungsklage gegen jeden Begünstigten für schon erhaltene Leistungen sowie gegen den Trustee für das Trustvermögen erhoben werden kann. Während die vorgesehenen Bestimmungen an sich nicht zu beanstanden sind, bleiben doch gerade im Erbrecht zahlreiche Fragen offen.

Zwar behält Art. 529b Abs. 6 VE-OR die Rechte der Erben eines Begründers ausdrücklich vor. Indes fehlt eine gesetzliche Bestimmung analog Art. 82 ZGB (bzw. eine Erweiterung dieser Bestimmung), welche *sämtliche* Trusterrichtungen gleich einer Schenkung für anfechtbar erklärt. Das bedeutet, dass der Rechtsanwender sich gezwungen sehen wird, im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung herauszufinden, ob eine Trusterrichtung unter Lebenden bzw. eine Begünstigung daraus eine herabsetzbare Zuwendung gemäss Art. 527 Ziff. 1-4 ZGB darstellt, und wenn ja, welche dieser Normen anwendbar ist, ohne dass der Gesetzgeber hierbei Hilfe leisten würde. Dies ist insbesondere bei *discretionary trusts* dogmatisch unschön, in denen die Begünstigten einerseits keine fixen Ansprüche haben, der Trustee aber andererseits selbst aus einem Trustvermögen nicht bereichert ist und damit streng genommen gar keine «Zuwendungsempfänger» existieren.⁴⁰ Auch ist unklar, welche der (wie gesehen) sehr umfangreichen möglichen Begründerrechte ein Nichtanlaufen der Fünfjahresfrist von Art. 527 Ziff. 3 ZGB zur Folge hätten (ist es nur das Widerrufsrecht, oder sind es auch Änderungs- oder Zustimmungrechte?).⁴¹ Auch zur Reihenfolge der Herabsetzung äussert sich der Gesetzgeber nicht, was insbesondere dann Fragen aufwirft, wenn einerseits noch herabsetzbares Vermögen beim Trustee liegt, andererseits gewisse Begünstigte bereits Ausschüttungen aus dem Trust erhalten haben: Hat dies zur Folge, dass diese bereits erfolgten Ausschüttungen vor dem Trustvermögen herabsetzbar sind, weil sie ja streng genommen jüngeren Datums sind (Art. 532 ZGB)? Dies wäre insbesondere in Fällen von *fixed interest trusts* unbefriedigend, wo die einzelnen Begünstigten grundsätzlich gleiche Ansprüche haben, welche aber zu unterschiedlichen Zeiten ausgeschüttet werden.

Auch im Ausgleichungsrecht ist ohne gesetzgeberische Intervention Konfliktpotenzial begraben: So ist einerseits – wie schon bei der Herabsetzung von Trusterrichtungen unter Lebenden aufgrund von Art. 527 ZGB – ohne explizite gesetzliche Regelung fraglich, wann eine Trust-Begünstigung überhaupt eine auszugleichende Zuwendung darstellt; andererseits ist es natürlich möglich, dass der Erblasser einem *discretionary trust* zugunsten gesetzlicher Erben (insbesondere seinen Nachkommen) Vermögen gewidmet hatte; ohne eine erblasserische Ausgleichungsdispens und mangels vorgängig definierter Ansprüche ist aber völlig unklar, in welcher Höhe solche Anwartschaften auszugleichen sind. Auch in welchem Umfang Trust-Begünstigungen unter Umständen zur Deckung des Pflichtteils hinreichen können (etwa im Zusammenhang mit *fixed interest trusts*), ist ungewiss. Nachdem es sich bei Herabsetzung und Ausgleichung ohnehin schon um schwierige und umstrittene Rechtsgebiete handelt, ist die geübte Zurückhaltung bei der Einbettung des Trusts umso schwieriger zu verstehen.

⁴⁰ DOMINIQUE JAKOB/PETER PICH, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und VERMÖGENSGESTALTUNG. Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, AJP 2010, 855 ff., 868, mit dem Ergebnis, dass Art. 527 Ziff. 3 ZGB auf *discretionary trusts* – jedenfalls *de lege lata* – keine direkte Anwendung findet. Vgl. ausführlich zu den verschiedenen Lehrmeinungen SABINE HERZOG, Trusts und schweizerisches Erbrecht. Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 419 ff., insbesondere Rz. 421–425 m.w.N.

⁴¹ Siehe dazu im Kontext des Stiftungsrechts etwa DOMINIQUE JAKOB, in: Katharina Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2015, 123 ff., 130 ff.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Der Vorentwurf des Trustrechts überzeugt durch seine Flexibilität, seine inhaltliche Schlüssigkeit und illustriert den bemerkenswerten Mut des Gesetzgebers, Neuland zu betreten und hierzulande unbekannte Vehikel ins Schweizer Recht einzuführen. Gleichzeitig werden vor allem in den Rechtsbereichen, welche traditionell häufig mit dem Trust und den ihm zugrunde liegenden Gestaltungsanliegen in Berührung kommen, wichtige Anpassungen verpasst. Bei der Ausserachtlassung der Familienstiftung dürfte es sich gar um eine historisch einmalige verpasste Chance handeln. Der Gesetzgeber täte gut daran, dieses Grossprojekt dazu zu benutzen, um längst überfällige dogmatische und politische Diskussionen gesetzlich zu lösen.

* * *

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPB)
Bundeshaus West
3003 Bern

per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Zürich, 28. April 2022

Stellungnahme zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die VAV dankt für die Einladung zur Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts). In unserer Eingabe beschränken wir uns auf grundsätzliche Bemerkungen und verweisen für die Detailerläuterungen auf die Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg), die wir unterstützen und an deren Ausarbeitung unsere Expertinnen und Experten mitgewirkt haben.

Einleitend möchten wir festhalten, dass die Einführung eines Schweizer Trusts als solchem im Interesse des Finanzstandortes Schweiz im Grundsatz positiv bewertet und unterstützt wird. So würde ein Schweizer Trust neue Anwendungs- und Geschäftsmöglichkeiten im Rahmen der Vermögensverwaltung und Nachlassplanung eröffnen. Darüber hinaus können eigenständige schweizerische Regelungen unter Umständen eine gewisse Unabhängigkeit von ausländischen Bestimmungen und Jurisdiktionen ermöglichen.

Dennoch kommen wir zum Schluss, dass der Vorentwurf gesamthaft und damit sowohl hinsichtlich des steuerrechtlichen als auch hinsichtlich der zivilrechtlichen Bestimmungen nicht unterstützt werden kann. Grund dafür ist, dass das vorgeschlagene Steuerregime die Attraktivität der Vorlage zunichtemacht. So käme es in Bezug auf die Behandlung des *irrevocable discretionary trust* im Vergleich zur bestehenden Praxis, die sich bewährt hat, zu einer wesentlichen Verschlechterung.

Diese ergibt sich aus der vorgesehenen systemwidrigen, inkohärenten und wettbewerbsschädlichen Überbelastung des *irrevocable discretionary trusts* durch Doppelbesteuerung des Trustkapitals mit Schenkungs-/Erbschafts- und Einkommenssteuer sowie der laufenden Gewinne des Trusts bzw. der Zuwendungen an die Begünstigten mit Gewinn- und Einkommenssteuer. Weitere klare Verschlechterungen ergeben sich daraus, dass *irrevocable discretionary trust* der Kapitalsteuer unterliegen soll, und zwar zum Steuersatz für Stiftungen, sowie die inkonsequente und

verfassungsrechtlich bedenkliche Solidarhaftung der unbeschränkt steuerpflichtigen Begünstigten und Begründer für die Steuern des *irrevocable discretionary trust*.

Besonders problematisch ist zudem, dass die Steuerbestimmungen des Vorentwurfs sowohl auf Schweizer wie auch auf ausländische Trusts anwendbar sein sollen. Dadurch würde der Schweizer Standort nicht nur für neue, sondern auch für bestehende Trusts jegliche Attraktivität einbüßen. Dies zum Nachteil der bestehenden Schweizer Trust-Wirtschaft und dem Geschäft der Schweizer Banken mit dem Nachfolge-Geschäft.

Wie eingangs erwähnt, ist die VAV der Einführung eines Schweizer Trusts als solchem grundsätzlich positiv eingestellt. Sie stellt sich daher mit ihren Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung für die Ausarbeitung einer neuen Gesetzesvorlage, die die Einführung eines Schweizer Trusts ermöglichen soll und dabei gleichzeitig sicherstellt, dass die steuerliche Behandlung attraktiv bleibt.

Für die Kenntnisnahme und wohlwollende Prüfung unserer Ausführungen möchten wir uns im Voraus bedanken.

Freundliche Grüsse

Jörg Schudel



Vorsitzender VAV-
Steuerexpertengruppe

Simon Binder



Public Policy Director



Per E-Mail:

egba@bj.adim.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement

Bern, 30. April 2022

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts – Einführung des Trusts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 12. Januar 2022 und Ihre Einladung, zur Änderung des Obligationenrechts betreffend die Einführung des Trusts Stellung zu nehmen. Gerne reichen wir Ihnen fristgerecht dazu folgende Vernehmlassung ein:

1. Vorbemerkungen / Allgemeines

Der VERBAND BERNISCHER NOTARE (VbN) vertritt als kantonaler Berufsverband unter anderem mehr als 340 praktizierende freiberufliche Notarinnen und Notare des Kantons Bern und ist somit einer der wichtigsten und grössten Berufsverbände des freiberuflichen Notariats in der Schweiz. Der VbN setzt sich ein für die Gewährleistung eines unabhängigen, qualitativ hochstehenden Notariats mit guter notarieller Versorgung der Bevölkerung zum Schutz und Gewährung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden bilden essentielle Grundlagen für eine gut funktionierende Wirtschaft.

Seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens werden ausländische Trusts in der Schweiz anerkannt. Das Schweizer Recht kennt jedoch bislang kein eigenes Trustrecht: Wer aktuell in der Schweiz einen Trust errichten will, ist gezwungen, dafür auf ein Konstrukt nach ausländischem Recht zurückzugreifen. Trotzdem ist der Trust in der Schweiz verbreitet und spielt in der Rechts- und Wirtschaftsrealität eine wichtige Rolle. Folglich erfreut sich der Trust vor allem bei (vermögenden) Personen der Beliebtheit, die selbst über Bezüge und Beziehungen zum Ausland verfügen. Bei der Schweizer Bevölkerung ohne Auslandsbezug ist der Trust hingegen kaum bekannt.

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

Bei der Beratungstätigkeit sind Urkundspersonen immer wieder mit der Frage konfrontiert, welche Möglichkeiten bestehen, Vermögen den Nachkommen oder anderen nahestehenden Personen zukommen zu lassen. Häufig besteht der Wunsch, Vermögen mit der Familie (allenfalls über mehrere Generationen) zu verknüpfen oder sicherzustellen, dass bestimmte Vermögenswerte in der Familie bleiben.

Die Möglichkeiten in diesem Bereich sind nach geltendem Recht beschränkt: Denkbar ist die Einsetzung von Vor- und Nacherben, wobei es unzulässig ist, den Nacherben Verpflichtungen zur Weiterübertragung der Nacherbschaft aufzuerlegen (Art. 488 Abs. 2 ZGB). Weiter besteht die Möglichkeit, Erben mit Auflagen zu belasten, wonach bestimmten Personen (z.B. Grosskindern) bestimmte Vermögenswerte als Vermächtnis, allenfalls zu einem bestimmten Zweck, erhalten sollen (Art. 484 ZGB). Schliesslich besteht die Option eine Familienstiftung zwecks Bestreitung von Erziehungskosten, Ausstattungskosten, Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken zu errichten (Art. 335 Abs. 1 ZGB). Familienunterhaltsstiftungen ohne Verknüpfung der Unterstützungsleistungen mit bestimmten Lebenslagen sind jedoch unzulässig (sog. Familienfideikommen, Art. 335 Abs. 2 ZGB).

Die Schaffung eines Schweizer Trusts, mit welchem einem mehr oder weniger bestimmten Personenkreis Leistungen ausgerichtet werden können, entspricht zusammenfassend einem immer wieder anzutreffenden Bedürfnis, für welches es nach geltendem Recht nur beschränkte rechtliche Lösungsansätze gibt. Daher begrüsst der VbN den Grundsatz, im Schweizer Recht eine gesetzliche Grundlage für den Trust zu schaffen: Der Trust eröffnet neue Möglichkeiten für die Nachlass- und Vermögensplanung. Die Gesetzänderung verhindert zudem, dass in der Schweiz ansässige Personen auf Konstrukte des ausländischen Rechts zurückgreifen müssen. Darüber hinaus entspricht die Einführung des Trusts einem internationalen Trend. Zwecks Erhaltung der Standortattraktivität der Schweiz ist eine Regelung des Trusts im Schweizer Recht somit erstrebenswert. Zu begrüssen ist auch die ausdrückliche gesetzliche Regelung der steuerrechtlichen Behandlung des Trusts, die bisher der notwendigen gesetzlichen Grundlage entbehrte.

Nichtsdestotrotz ist der VbN der Meinung, dass die Gesetzesvorlage noch einige Schwachpunkte aufweist. Insbesondere bestehen an verschiedenen Stellen Widersprüche zu Grundsätzen der geltenden Schweizer Rechtsordnung, die es soweit möglich im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und der Förderung der Rechtssicherheit zu beheben gilt. Darauf wird in der Folge vertieft eingegangen. Aufgrund der Vielschichtigkeit der Thematik beschränkt sich der VbN bei seiner Stellungnahme hauptsächlich auf diejenigen Punkte, welche die Kerntätigkeit von Urkundspersonen betreffen.

Die Einführung eines materiellen Trustrechts stellt zudem die Frage, ob das Verbot der Familienfideikommen (Familienunterhaltsstiftungen) gemäss Art. 335 Abs. 2 ZGB weiterhin gerechtfertigt ist. Gerade dieses Verbot führte in der Vergangenheit dazu, dass bei Nachlassplanungen oft auf Liechtensteinische Stiftungen oder Trusts «ausgewichen» worden ist. Anders als der Trust waren aber die Familienfideikommen vor Inkrafttreten des ZGB in vielen Kantonen ein bekanntes und verbreitetes Rechtsinstitut. Da mit einem Trust nun ähnliche oder gar gleiche Rechtswirkungen wie bei einer reinen (Familien-)Unterhaltsstiftung avisiert werden können, erscheint uns das Verbot von Art. 335 Abs. 2 ZGB obsolet. Entsprechend sollte der gesamte Art. 335 ZGB im Rahmen der Einführung des Trust revidiert werden.



Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

2. Änderungen im Obligationenrecht und im Zivilgesetzbuch

2.1. Art. 529a Abs. 2 VE-OR

Gemäss Art. 529a Abs. 2 VE-OR kann der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet werden.

Zwar ist es nach ausländischem Recht regelmässig zulässig, einen Trust durch schriftliche Willenserklärung zu errichten. Der VbN ist jedoch der Auffassung, dass die einfache Schriftlichkeit als Formvorschrift den Rechtsaufklärungsbedürfnissen der Begründer bzw. Begründerinnen von Trusts, dem Bedürfnis der Beteiligten nach Rechtssicherheit und der Komplexität des Trustrechts nicht genügend Rechnung trägt.

Die Errichtung eines derart komplexen Rechtinstituts, welches zudem im bisherigen Schweizer Rechtsverständnis nicht verankert ist, mit seinen im Falle des unwiderrufbaren Trusts (*irrevocable trust*) weitreichenden Rechtsfolgen für das Vermögen des Begründers bzw. der Begründerin bedarf wie auch die Nähe dieses neuen Instituts zum Erbrecht erheischen unseres Erachtens klar der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung.

Damit kann insbesondere gewährleistet werden, dass:

- sich der Begründer bzw. die Begründerin der weitreichenden Folgen eines Trusts für sein bzw. ihr Vermögen bewusst ist, insbesondere auch hinsichtlich der Steuerfolgen (Rechtsaufklärung);
- die Trusturkunde den notwendigen Inhalt aufweist (Ziffer 2.2.1 hiernach) sowie dem tatsächlichen Willen des Begründers bzw. der Begründerin durch präzise Umschreibung der Art des Trusts, des zugewidmeten Trustvermögens, der Begünstigten, des Zwecks der Leistungen und der Pflichten des Trustees Ausdruck verliehen wird;
- die Trusturkunde sicher aufbewahrt wird;
- im Hinblick auf die Tragweite der Trustbegründung für die Rechte von Drittpersonen (siehe Ziffer 2.2.4 hiernach) und das Missbrauchspotential des Trusts (siehe Ziffer 2.8 hiernach) mit der öffentlichen Urkunde ein verlässliches Beweismittel für die Trusterrichtung besteht (Art. 9 ZGB).

Des Weiteren sind bei der Errichtung des Trusts durch den Begründer bzw. die Begründerin die Ansprüche von Ehegatten, (pflichtteilgeschützten) Erben und Gläubigern zu berücksichtigen, worauf unten noch vertieft eingegangen wird (Ziffer 2.2.3 hiernach). Ohne die notwendige Rechtsaufklärung und Beratung durch eine unabhängige Urkundsperson wird der Laie kaum in der Lage sein, die Auswirkungen auf diese Ansprüche und die möglichen Folgen der Verletzung dieser Ansprüche vollständig zu überblicken.

Die Begleitung des Geschäfts durch eine Urkundsperson führt so zu einer höheren Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Analog dem Stiftungsrecht und im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist daher für die Begründung des Trusts zu Lebzeiten des Begründers bzw. der Begründerin die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung vorzusehen.

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

2.2. Art. 529b VE-OR / Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB

2.2.1. Abs. 1

In der Trusturkunde erklärt der Begründer bzw. die Begründerin, Vermögenswerte einem Trust zuzuwidmen, bezeichnet den Trustee und die Begünstigten und erlässt die Bestimmungen über die Verwaltung des Trusts (Art. 529b Abs. 1 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats handelt es sich bei den in Art. 529b Abs. 1 VE-OR erwähnten Inhalten um absolut unerlässliche Inhalte. Ohne sie kommt die Trusturkunde nicht zustande (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 88). Die Trusturkunde muss in diesem Fall durch eine nachträgliche Urkunde ergänzt werden (erläuternder Bericht, S. 88).

Mit der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung und der damit zusammenhängenden Beratung einer Urkundsperson hinsichtlich des absolut notwendigen Inhalts der Trusturkunde könnte sichergestellt werden, dass die Trusturkunde effektiv zustande kommt und kein hinkendes Rechtsverhältnis entsteht. Andernfalls besteht das Risiko, dass der Trust gar nicht errichtet werden kann oder dass unklar ist, ob die notwendigen Anordnungen getroffen wurden oder nicht, was der Rechtssicherheit für die Beteiligten abträglich ist.

2.2.2. Abs. 2

Gemäss Art. 529b Abs. 2 VE-OR kann der Begründer bzw. die Begründerin bei der Errichtung des Trusts durch Verfügung von Todes wegen auf die Bezeichnung eines Trustees in der Trusturkunde verzichten. In diesem Fall kann jede interessierte Person beim Gericht die Bezeichnung des Trustees verlangen.

Der VbN sieht darin eine Verletzung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit. Nach diesem Prinzip ist der massgebliche Inhalt einer Verfügung von Todes wegen durch die verfügende Person selbst festzulegen und eine Delegation an einen Dritten ist unzulässig. Es ist aufgrund des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit unter anderem unzulässig, die Ernennung eines Willensvollstreckers bzw. einer Willensvollstreckerin an eine Drittperson zu delegieren. Der Willensvollstrecker bzw. die Willensvollstreckerin muss durch die verfügende Person selbst benannt werden.

Es ist nicht ersichtlich, wieso im Falle des Trustees vom Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit abgewichen werden sollte (Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung). Demnach muss auch für die Einsetzung des Trustees gelten, dass dieser oder diese durch die verfügende Person selbst zu benennen ist.

Dem Umstand, dass der bezeichnete Trustee bis zum Tod des Begründers bzw. der Begründerin bereits vorverstorben sein könnte, kann durch die Bezeichnung eines oder mehrerer Ersatz-Trustees (Ersatzverfügung) oder durch Bezeichnung einer juristischen Person als Trustee begegnet werden. Wir sehen daher keine zwingende Notwendigkeit, vom Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit im Bereich des Trustrechts abzuweichen.

2.2.3. Abs. 5

Der Trust wird rechtswirksam, wenn der Trustee seiner Ernennung schriftlich zugestimmt hat und er oder sie die zugewidmeten Vermögenswerte erworben hat (Art. 529b Abs. 5 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats erfolgt die Übertragung des Eigentums an den Vermögenswerten nach den Modalitäten des Sachenrechts (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 89). In Bezug auf Grundstücke bedeutet dies, dass das Grundeigentum durch Eintragung im Grundbuch übergeht (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

Das Verpflichtungsgeschäft betreffend die Übertragung von Grundeigentum ist in der Regel öffentlich zu beurkunden (Art. 657 Abs. 1 ZGB). In Abweichung davon, kann bei der Errichtung eines Trusts in der Trusturkunde das Verpflichtungsgeschäft für die Grundstückübertragung einfach schriftlich erfolgen. Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats müssen die dem Trust zugewidmeten Vermögenswerte nicht einmal zwingend in der Trusturkunde bezeichnet werden und es genügt zur Identifikation der Vermögenswerte deren Übertragung auf den Trustee (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 90). Es bedarf demnach nicht einmal einer genauen Bezeichnung des Grundstücks in einem schriftlichen Verpflichtungsgeschäft, sondern es genügt das blosser Verfügungsgeschäft (Grundbuchanmeldung).

Diese Regelung steht im Widerspruch zur schweizerischen Rechtsordnung, die für die Übertragung von Grundeigentum eine *causa*, ein Verpflichtungsgeschäft, erfordert. Allein der Umstand, dass im ausländischen Recht in der Regel keine zwingende Bezeichnung der Vermögenswerte in der Trusturkunde verlangt wird (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 90), stellt keinen genügenden sachlichen Grund für die im Vorentwurf vorgesehene Regelung dar.

Der VbN ist daher der Auffassung, dass die zu übertragenden Vermögenswerte, mindestens die Grundstücke, in der Trusturkunde genau zu bezeichnen sind. Für das Verpflichtungsgeschäft (die Trusturkunde) sollte die öffentliche Beurkundung vorgesehen werden, so wie dies mit wenigen Ausnahmen auch für die übrigen Verpflichtungsgeschäfte betreffend die Übertragung von Grundeigentum der Fall ist.

2.2.4. Abs. 6 / Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB

Bei der Errichtung des Trusts bleiben die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger, des Ehegatten oder der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners sowie der Erben des Begründers bzw. der Begründerin vorbehalten (Art. 529 Abs. 6 VE-OR). Der Erblasser ist nur befugt, mit dem verfügbaren Teil seines Vermögens einen Trust zu errichten (Art. 493 Abs. 1 VE-ZGB).

Die Übertragung von Vermögenswerten auf einen Trust beinhaltet das immanente Risiko der Verletzung von Ansprüchen von Gläubigern, Ehegatten und eingetragenen Partnern sowie von (pflichtteilsgeschützten) Erben. In der Regel dürfte es zwar nicht der Wunsch des Begründers bzw. der Begründerin sein, durch die Trusterrichtung Konflikte und Rechtsstreitigkeiten zwischen den Begünstigten des Trusts und Dritten zu provozieren. Ohne die Beratung durch eine Fachperson kann sich der Laie aber unter Umständen keine vollständige Übersicht über die betroffenen Ansprüche sowie mögliche Risiken und Folgen im Zusammenhang mit der Trusterrichtung verschaffen.

Durch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung sollte gewährleistet werden, dass der Inhalt der Trusturkunde durch eine Urkundsperson geprüft wird und der Begründer bzw. die Begründerin über mögliche Konflikte der Trusterrichtung mit Ansprüchen von Drittpersonen aufgeklärt wird. Auf diese Weise würde vor der Trusterrichtung geklärt, welcher Teil des Vermögens des Begründers überhaupt verfügbar ist bzw. könnte der Begründer auf mögliche Pflichtteilsverletzungen durch die Trusterrichtung im Voraus hingewiesen werden. Die Sicherstellung einer Beratung durch eine Urkundsperson vor Begründung eines Trusts ist somit im Interesse des Rechtsfriedens unter den Betroffenen.

2.3. Art. 529c Abs. 1 VE-OR

Die Trusturkunde bezeichnet den oder die Begünstigten namentlich oder durch eine besondere Verbindung zum Begründer bzw. zur Begründerin oder zu einer anderen Person oder anhand anderer Kriterien,

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

die es erlauben, die Eigenschaft als Begünstigter oder Begünstigte im Zeitpunkt der Ausrichtung einer Leistung zu bestimmen (Art. 529c Abs. 1 VE-OR).

Vor allem bei blosser Umschreibung der Begünstigten anhand von ihrer Verbindung zum Begründer bzw. zur Begründerin oder anhand anderer Kriterien ist eine klare und präzise Redaktion der Trusturkunde erforderlich. Die Begleitung des Begründers oder der Begründerin durch eine Urkundsperson bei der Errichtung eines Trusts stellt sicher, dass die Begünstigten hinreichend klar bezeichnet oder umschrieben werden. Laien hingegen fehlt oftmals die notwendige (fachliche) Erfahrung zur Beurteilung, ob eine Umschreibung genügend klar und präzise ist.

2.4. Art. 529d VE-OR / Art. 529e VE-OR / 529f VE-OR

Der Vorentwurf sieht in den obgenannten Bestimmungen eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten betreffend den Trust vor: Sollen die Begünstigten über konkrete Ansprüche auf Leistungen oder lediglich Anwartschaften verfügen? Welche Befugnisse behält sich der Begründer oder die Begründerin vor? Soll ein Protektor eingesetzt werden und falls ja, mit welchen Befugnissen? Dies sind nur einige der sich stellenden Fragen.

Der VbN ist der Auffassung, dass diese Regelungsmöglichkeiten zu vielfältig und zu komplex sind, als dass deren Verständnis und deren Ausschöpfung durch einen Laien in einer einfach schriftlich errichteten Trusturkunde realistisch sind. Daher ist eine rechtliche Beratung durch eine juristische Fachperson erstrebenswert. Der zwingende Beizug einer Urkundsperson würde sicherstellen, dass der Begründer bzw. die Begründerin die rechtlichen Regelungsmöglichkeiten effektiv verstehen, deren Vor- und Nachteile abwägen und diese auch effektiv ausschöpfen kann. Damit wäre einerseits das Bedürfnis des Begründers bzw. der Begründerin nach Rechtsaufklärung erfüllt und andererseits gewährleistet, dass dem tatsächlichen Willen des Begründers bzw. der Begründerin in der Trusturkunde auch wirklich Ausdruck verliehen wird.

2.5. Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR

Sind mehrere Trustees vorhanden, sind sie gemeinschaftlich Träger des Trustvermögens (Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR). Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats sind die Trustees Miteigentümer bzw. Miteigentümerinnen des gesamten Trustvermögens (erläuternder Bericht des Bundesrates, S. 94). Sie treffen Entscheidungen einstimmig, sofern die Trustbestimmungen nichts anderes vorsehen (Art. 529g Abs. 5 Ziffer 2 VE-OR). Wenn ein Co-Trustee aus dem Amt ausscheidet, verliert sie bzw. er den Anteil an der Gemeinschaft, was zu einer Erhöhung des Anteils der verbleibenden Co-Trustees führt (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 94). Wenn ein neuer Co-Trustee ihr bzw. sein Amt antritt, wird sie bzw. er ebenfalls Mitglied der Gemeinschaft der Trustees. Gehören zum Trustvermögen Immobilien, muss die Änderung der Gemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden, wobei die Eintragung nur deklaratorisch ist (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 94).

Miteigentümer können grundsätzlich frei über ihren Miteigentumsanteil verfügen (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Nur die Verfügung über die gesamte Sache bedarf der Zustimmung aller Miteigentümer (Art. 648 Abs. 2 ZGB). Aufgrund der geplanten gesetzlichen Konzeption im Vorentwurf, wonach Co-Trustees „gemeinschaftlich Träger des Trustvermögens“ sind, grundsätzlich einstimmig Entscheidungen treffen und das Trustvermögen bei Ein- und Austritten den verbleibenden Trustees anwächst bzw. teilweise auf den neuen Trustee übergeht, wäre die Annahme von Gesamteigentum unter den Co-Trustees naheliegender

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

als Miteigentum (Art. 652 ZGB). In diesem Fall wäre noch klarzustellen, ob das Gesamteigentum gestützt auf eine einfache Gesellschaft besteht oder ob es sich um ein neues Rechtsverhältnis handelt, das Gesamteigentum begründet.

Sollen die Co-Trustees trotz dem Widerspruch zur gesetzlichen Konzeption im Entwurf doch über Miteigentum verfügen, sollte dies in der Revisionsvorlage ausdrücklich geregelt werden, um darüber Klarheit zu schaffen. Der Hinweis, dass mehrere Trustees Miteigentum am Trustvermögen haben, könnte entweder in Art. 529g Abs. 5 Ziffer 1 VE-OR oder in Art. 529i VE-OR ergänzt werden.

2.6. Art. 529j Abs. 6 VE-OR

Es ist nicht ersichtlich, wieso der Trustee nach Beendigung seiner Funktion die Belege nur während fünf Jahren aufbewahren muss. Analog Art. 958f Abs. 1 OR sollte die Aufbewahrungspflicht während zehn Jahren bestehen.

2.7. Art. 529m VE-OR / Art. 962b VE-ZGB

Bei Trustvermögen, das in einem öffentlichen Register eingetragen ist, ist auf das Trustverhältnis durch eine Anmerkung hinzuweisen. Andernfalls ist ein nicht angemerktes Trustverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam (Art. 529m VE-OR; siehe auch Art. 962b VE-ZGB). Wird das Trustverhältnis in dem Register nicht angemerkt, wird davon ausgegangen, dass es zum persönlichen Vermögen der Trustees gehört (erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 102).

Anmerkungen dienen dazu, private und öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse offenkundig zu machen. Die Anmerkung hat aber keine konstitutive Wirkung und untersteht nicht der negativen Rechtskraft des Grundbuchs. Rechtsverhältnisse, Eigentums- und Verfügungsbeschränkungen können unabhängig von ihrer Anmerkung bestehen. Anmerkungen nehmen somit am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teil.

Art. 529m VE-OR bzw. Art. 962b Abs. 2 VE-ZGB, die vorsehen, dass ein nicht angemerkt es Trustverhältnis gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam ist, stehen im Widerspruch zum herrschenden Verständnis von Anmerkungen im Grundbuch. Dementsprechend sollten der zweite Satz von Art. 529m VE-OR sowie Absatz 2 von Art. 962b VE-ZGB unseres Erachtens gelöscht werden.

Des Weiteren ist eine „Anmerkung“ des Trustverhältnisses unseres Erachtens nur im Grundbuch möglich, insbesondere das Handelsregister kennt eine solche nicht. Es ist daher zu präzisieren, in welchen öffentlichen Registern wie auf das Trustverhältnis hingewiesen werden soll.

2.8. Art. 529n VE-OR

Da durch die Errichtung eines Trusts ein Sondervermögen begründet wird, besteht das Risiko der Benachteiligung von Gläubigern. Zwar werden deren Rechte in Art. 529b Abs. 6 VE-OR vorbehalten. Allerdings ist die Durchsetzung von Ansprüchen, insbesondere die Anfechtung von Vermögensübertragungen an einen Trust, in der Regel mit hohen Rechtsdurchsetzungskosten und folglich grossen Hürden verbunden.

Wenn die Begründung eines Trusts zu Lebzeiten nur in öffentlicher Urkunde möglich wäre, würde immerhin in Bezug auf die Frage des Zeitpunkts der Trusterrichtung Beweis- und Rechtssicherheit bestehen und könnte das Missbrauchspotential des Trusts etwas verringert werden.

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

2.9. Art. 529s Abs. 4 VE-OR

Die Übertragung des Trustvermögens bedarf eines schriftlichen Vertrags zwischen dem alten und dem neuen Trustee, wobei die Übernahme nach Art. 181 OR erfolgen kann und das Fusionsgesetz als nicht anwendbar erklärt wird (Art. 529s Abs. 4 VE-OR).

Die Transaktionen gemäss Fusionsgesetz stehen grundsätzlich nur Gesellschaften mit einem Handelsregistereintrag zur Verfügung (Art. 181 Abs. 4 OR e contrario). Der Trust verfügt über keine Rechtspersönlichkeit und wird nicht im Handelsregister eingetragen, demnach ist es nachvollziehbar, dass zu dessen Übertragung die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes ausgeschlossen sein soll.

Beim Trustee, der Eigentümer des Trustvermögens ist, kann es sich jedoch um eine natürliche oder eine juristische Person handeln. Im Falle von juristischen Personen als Trustees könnte daher die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes in Betracht gezogen werden, wenn ein Handelsregistereintrag besteht. Angesichts der zur erwartenden Grösse von Trustvermögen, ist eine Übertragung nach Art. 181 OR umständlich und den Verhältnissen unangemessen, zumal die Übertragung bei den Aktiven durch Singularsukzession erfolgen muss. Es wäre daher angezeigt, zumindest im Falle von juristischen Personen als Trustee beim Vorhandensein eines Handelsregistereintrags die Übertragung des Trustvermögens gestützt auf das Fusionsgesetz als Universalsukzession zuzulassen.

Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesrats gelangt beim Tod des bisherigen Trustees, für den Fall, dass kein Co-Trustee vorhanden ist, das Trustvermögen mittels Universalsukzession an den neuen Trustee (vgl. Art. 529s Abs. 4 Satz 3 VE-OR; erläuternder Bericht des Bundesrats, S. 106). Das Trustvermögen fällt nicht in den Nachlass bzw. an die Erben des Trustees (Art. 529n Abs. 1 VE-OR). Enthält die Trusturkunde keine Bestimmungen, nach welchen der neue Trustee zu bestimmen ist, so hat das Gericht diesen bzw. diese zu ernennen. Dieses Gerichtsverfahren wird gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Es ist fraglich, was mit dem Trustvermögen in der Zwischenzeit passiert. Bis der neue Trustee feststeht, verfügt das Trustvermögen über keinen Eigentümer; es befindet sich demnach in einer Art Schwebezustand. Niemand ist in dieser Phase für das Trustvermögen verantwortlich und niemand kann für das Trustvermögen, falls notwendig, handeln.

Auch hier können durch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung Komplikationen vermieden werden. Die Urkundsperson, die sich der Problematik bewusst sein muss, kann die notwendigen Bestimmungen zur Ernennung des neuen Trustees in der Urkunde vorsehen und so würde der Schwebezustand vermieden oder zumindest zeitlich verkürzt. Zudem würde sich die Universalsukzession an den neuen Trustee aus einer öffentlichen Urkunde ergeben. Andernfalls erfolgt die Universalsukzession auf Grundlage einer (möglicherweise unklaren und auslegungsbedürftigen) schriftlichen Erklärung. Auch hier bietet die öffentliche Beurkundung somit für alle Betroffenen eine höhere Rechtssicherheit.

Zwar muss der Trustee bei der Errichtung des Trusts ein Inventar der Aktiven und Passiven des Trustvermögens erstellen (Art. 529h Abs. 2 Ziffer 2 VE-OR). Da der Trust aber eine Maximaldauer von 100 Jahren aufweist (Art. 529u Abs. 1 VE-OR), kann die Zuordnung der Vermögenswerte zum Trust bzw. zum Vermögen des Trustees unter Umständen mit der Zeit unübersichtlich werden. Daher sollte erwogen werden, im Falle des Todes eines Trustees analog zu Art. 490 Abs. 1 ZGB die Aufnahme eines Sicherungsinventars im Sinne von Art. 553 ZGB durch die zuständige Behörde vorzusehen. Auf diese Weise könnte die Zuordnung der Vermögenswerte zum Nachlass bzw. zum Trustvermögen für die Beteiligten eindeutig geklärt werden.

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

2.10. Art. 529t VE-OR

2.10.1. Abs. 1

Für den Fall, dass ein *Irrevocable Discretionary Trust* in einer letztwilligen Verfügung errichtet wird, sehen wir in Art. 529t Abs. 1 VE-OR wiederum einen Widerspruch zum Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit (siehe Ziffer 2.2.2 hiervor). Der Begründer des Trusts kann nach diesem Grundsatz keine massgeblichen Entscheide über die Trustbestimmungen an einen Dritten delegieren. Der Begründer kann demnach dem Trustee oder dem Protektor nicht die Befugnis einräumen, die Begünstigten nach ihrem Belieben zu ändern.

2.10.2. Abs. 2

Für den Fall, dass für die Errichtung des Trusts die öffentliche Beurkundung vorgesehen würde, müsste dies konsequenterweise auch für die Änderungen gelten.

2.11. Art. 529u VE-OR

Endet der Trust, so werden die Verbindlichkeiten beglichen und das verbleibende Trustvermögen wird umgehend nach Massgabe der Trusturkunde verteilt (Art. 529u Abs. 3 VE-OR). Die Gesetzesbestimmung enthält keinen Hinweis darauf, was mit dem Trustvermögen passiert, wenn entsprechende Anordnungen des Begründers in der Trusturkunde fehlen.

Art. 57 Abs. 1 ZGB, der die Verteilung des Vermögens von juristischen Personen bei deren Auflösung regelt, ist mangels Rechtspersönlichkeit des Trusts nicht auf den Trust anwendbar. Es stellt sich höchstens die Frage, ob diese Bestimmung analog beizuziehen wäre, womit das Trustvermögen an das Gemeinwesen fallen würde.

Nach dem erläuternden Bericht des Bundesrats ist in einem solchen Fall der Trustee befugt, über die Verteilung des Trustvermögens zu entscheiden. Er oder sie muss dabei die Interessen der Begünstigten wahren (erläuternder Bericht des Bundesrates, S. 108). Nach Auffassung des VbN sollte diese Kompetenz des Trustees in Art. 529u Abs. 3 VE-OR explizit geregelt werden.

2.12. Art. 529v Abs. 1 VE-OR

Der Trust kann die Rechte von Ehegatten, (pflichtteilsgeschützten) Erben und von Gläubigern berühren und verletzen. Somit können auch diese Kategorien von Personen ein Interesse haben, Klarheit über die Tragweite der Rechte und Pflichten des Begründers, des Trustees oder des Protektors zu erhalten. Diesen Drittpersonen sollte die Möglichkeit ebenfalls offenstehen, das Gericht um Beurteilung der Übereinstimmung einer vorgesehenen Handlung mit der Trusturkunde und dem Gesetz zu ersuchen.

3. Änderungen im Steuerrecht

Wie eingangs bereits erwähnt, begrüsst der VbN die gesetzliche Regelung des Trusts, nachdem dessen bisherige steuerrechtliche Behandlung auf der Grundlage von Kreisschreiben und somit ohne genügende gesetzliche Grundlage erfolgte (Art. 127 Abs. 1 BV).

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

Nach dem Vorentwurf sollen unwiderrufliche Trusts ohne feste Ansprüche (*Irrevocable Discretionary Trust*) für laufende Einkommen und Vermögen analog den Stiftungen mit einer Gewinn- und Kapitalsteuer besteuert werden. Analog dem Stiftungsrecht sind die Leistungen des Trusts an die Begünstigten als Einkommen zu versteuern und unterliegen nicht der Schenkungssteuer.

Da es sich beim Trust wie bei der Stiftung um ein Sondervermögen – jedoch ohne Rechtspersönlichkeit – handelt, macht eine Regelung analog der Stiftung unseres Erachtens Sinn. Die Besteuerung des Begründers bzw. der Begründerin für laufende Einkommen und Vermögen erscheint aufgrund der definitiven Veräusserung des Trustvermögens ebenso unangemessen wie die Besteuerung der Begünstigten, die beim unwiderruflichen Trust erst mit Anwartschaften ausgestattet sind, aber noch über keine gefestigten Ansprüche verfügen. Um eine Steuerlücke zu verhindern und im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung ist daher eine Besteuerung des Trusts analog der Stiftung angezeigt, wenn auch der Trust nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt.

Einziger Vorbehalt gegenüber der geplanten Neuregelung bleibt somit der Umstand, dass sich die langjährige Praxis gestützt auf die Kreisschreiben bewährt hat und eine Umkehr von den dort geregelten Prinzipien für den unwiderruflichen Trust ohne feste Ansprüche aus unserer Sicht nicht zwingend angezeigt ist. Auf keinem Fall sollten durch eine Änderung der bisherigen Praxis gemäss Kreisschreiben die Rechtssicherheit und die Attraktivität des Rechtsinstituts Trust gemindert werden.

Nochmals danken wir Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und hoffen, dass Sie unsere Bemerkungen berücksichtigen werden.

Freundliche Grüsse

VERBAND BERNISCHER NOTARE



Simone Mülchi
Präsidentin



Guido Schommer
Geschäftsführer

Geschäftsstelle

Zieglerstrasse 29, 3007 Bern

Tel. 031 387 37 37

info@bernernotar.ch, www.bernernotar.ch

veb.ch | Talacker 34 | 8001 Zürich
Telefon 043 336 50 30 | Fax 043 336 50 33 | info@veb.ch | www.veb.ch

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Mailadresse: zz@bj.admin.ch

30. April 2022

Stellungnahme zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren

Wir beziehen uns auf Ihre Publikation vom 12. Januar 2022 zur Vernehmlassung der Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts). Gerne beteiligen wir uns am Vernehmlassungsverfahren.

Der **veb.ch** vertritt als grösster Schweizer Verband für Rechnungslegung, Rechnungswesen und Controlling über 9 000 Mitglieder aus der gesamten Schweiz. Der veb.ch ist in der Berufsbildung gemäss Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 die für das Finanz- und Rechnungswesen sowie Controlling zuständige Organisation der Arbeitswelt. Der Verband besteht seit 1936 und ist unter anderem Mitträger der Prüfungen der beiden eidgenössisch anerkannten Prüfungen in seinem Fachbereich. Expertinnen/Experten in Rechnungslegung und Controlling sowie Inhaberinnen/Inhaber des Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen sind heute in der schweizerischen Wirtschaft die anerkannten, hochqualifizierten Fachleute.

1. Allgemeines

Der Vorentwurf sieht die Einführung eines Schweizer Trusts als neues Rechtsgefäss im Schweizer Obligationenrecht vor. Zu diesem Zweck soll ein neuer Titel 22^{bis} mit den Artikeln 529a – 529w OR geschaffen werden. Das neue Instrument des Trusts soll in den bestehenden Rechtsrahmen mit seinen Schranken eingegliedert werden. Damit einher geht auch die Regelung der Trustverhältnisse in den Steuergesetzen.

Gemäss dem erläuternden Bericht ist der Schweizer Trust weder ein Vertrag noch eine Rechtseinheit, die über Rechts- und Handlungsfähigkeit verfügt. Er ist auch keine juristische Person, sondern vielmehr ein Rechtsinstitut «sui generis». Dieses besteht in einem auf Dauer ausgerichteten Verpflichtungsverhältnis.

Wir begrüssen die Einführung des Schweizer Trusts und gehen Im Folgenden auf einige, unser Fachgebiet der Buchführung und Rechnungslegung betreffende Themen und Bestimmungen genauer ein.

2. Pflicht zur Buchführung

Gemäss den Ausführungen auf Seite 64 des erläuternden Berichts unter dem Titel «Eigentum am Trustvermögen und damit verbundene Pflichten» besteht eine wesentliche Pflicht der Trustees darin, das Trustvermögen vom persönlichen Vermögen getrennt zu halten (Art. 529a Abs. 1 und 529h Abs. 3 Ziff. 4 VE-OR). Zur Sicherstellung dieser Trennung müssen sie bei der Errichtung des Trusts ein Inventar erstellen und eine vereinfachte Buchhaltung über das Trustvermögen führen (Art. 529h Abs. 2 Ziff. 2 und 3 VE-OR).

Art. 529h Abs. 2 Ziff. 3 verweist explizit auf Art. 957 Abs. 2 OR und somit auf die Pflicht, über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch zu führen (entspricht der sogenannten «Milchbüchleinrechnung»). Wir begrüssen diese Pflicht zur vereinfachten Buchführung, weisen jedoch darauf hin, dass Art. 957 OR in Absatz 3 vorschreibt, dass für diese Unternehmen die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung sinngemäss gelten. Der Grundsatz ordnungsmässiger Buchführung sollte auch im Trustrecht verankert werden. Entsprechend beantragen wir eine Ergänzung von Art. 529h Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR.

Antrag veb.ch:

Der Wortlaut von Art. 529h Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR soll neu wie folgt lauten:

3. über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage des Trusts gemäss Artikel 957 Absatz 2 und 3 Buch führen.

3. Befugnisse des Begründers

Art. 529e sieht in Abs. 1 Ziff. 3 vor, dass die Begründerinnen und Begründer des Trusts das Recht haben, vom Trustee «die Rechnungslegung des Trusts zu verlangen und deren Revision anzuordnen». Dies erscheint uns vor dem Hintergrund der Regelung in Art. 529h Abs. 2 Ziff. 3 («Milchbüchleinrechnung») zu ungenau. Ist damit die in Art. 957 Abs. 1 OR geregelte Buchführung und Rechnungslegung gemeint? Entsprechend beantragen wir eine Präzisierung von Art. 529e Abs. 1 Ziff. 3.

Antrag veb.ch:

Art. 529e Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR soll präzisiert werden, beispielsweise indem auf Art. 957 Abs. 1 OR verwiesen wird.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für allfällige Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

veb.ch



Herbert Mattle
Präsident



Susanne Grau
Mitglied Vorstand

Par e-mail : zz@bj.admin.ch

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Zurich, le 29 avril 2022

Consultation sur l'introduction du trust en droit suisse

Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs,

Nous remercions votre Département d'avoir invité l'Association Suisse des Gestionnaires de fortune | ASG à participer à la consultation ouverte le 12 janvier 2022 sur l'introduction du trust en droit suisse.

L'ASG soutient le principe de l'introduction de l'institution du trust en droit suisse, pour compléter la palette des services financiers disponibles.

Toutefois, cette introduction ne doit pas s'accompagner d'une modification de l'imposition actuelle des trusts en Suisse, sous peine de lui ôter tout intérêt et même de mettre en danger l'industrie actuelle des trusts.

Si les dispositions fiscales contenues dans l'avant-projet sont maintenues, l'ASG le rejettera entièrement.

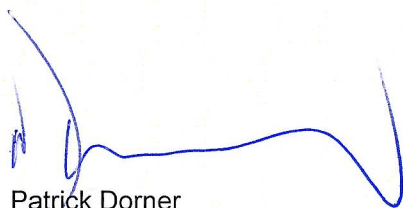
Dans ce contexte vous constaterez que notre position s'aligne sur celles du Forum PME, de l'Association des Banques Privées Suisses (ABPS) et de l'Union Suisse des professions libérales (USPL).

Par simplification nous renonçons par conséquent à une argumentation détaillée en renvoyant aux réponses qui vous ont été adressées par les intervenants susmentionnés.

Notre directeur, Monsieur Patrick Dorner, se tient à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, tél. 022 347 62 40, patrick.dorner@vsv-asg.ch.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre très haute considération.

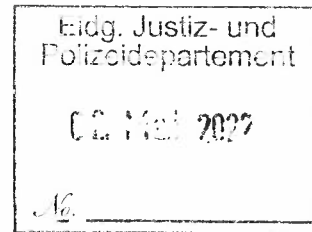
**Association Suisse des
Gestionnaires de fortune | ASG**



Patrick Dorner
Directeur



Anne Pratolini Delgado
Membre de la direction



By registered mail
Ms Karin Keller-Sutter
Federal councillor
Federal Department of Justice and Police (FDJP)
Bundeshaus West
3003 Bern

Zurich, 30 April 2022

Draft bill for the introduction of a Swiss trust

Dear Federal councillor
Dear Ladies and Gentlemen

First of all, we should like to thank you for giving us the opportunity to provide our comments regarding the draft bill of 12 January 2022 on the introduction of a Swiss trust (the **Draft**).

Many of our clients are affected by the civil law and tax provisions which are proposed. While we welcome in principle the effort to introduce the trust into Swiss legislation, we nevertheless have major concerns as to the impact that the new rules could have in practice. In the following we would like to comment on selected points of the Draft.

1. Tax provisions

1.1. General remarks

- 1 Trusts have been a reality for Switzerland for a very long time. Many of Switzerland's international residents have links to foreign trusts, be it as settlors, protectors or as beneficiaries. Switzerland also harbours many trustees.

Notwithstanding this highly practical relevance, there are currently no rules in Swiss tax legislation that explicitly address trust. The tax treatment of trusts is therefore based on general legal and tax principles. The current tax practice has been largely influenced by an administrative circular letter that was issued in 2007. While the practice adopted by the various cantons is not entirely harmonized, the circular letter has had a major impact on the daily tax practice as it provides for valuable guidance. Its rules are not perfect (tax rules seldom are), but they work to a large extent and generally in a very satisfactory manner.

- 2 In the last 15 years, the Swiss tax authorities have gained a lot of experience and know-how in this area. The authorities as well as tax professionals have demonstrated that they are able to deal with complex situations involving trusts and foreign (common-law) jurisdictions. It is also noteworthy that there is very little Swiss case law (and thus hardly any disputes) on the matter. In other words, taxpayers, tax authorities and tax advisors have coped very well with trusts in the current legal environment.

1.2. Need for action and guiding principles

- 3 Uncertainties remain though, and they almost always concern irrevocable discretionary trusts. It might therefore make sense – in principle – to address those uncertainties by creating explicit legal provisions. However, we believe that the guiding principles of any new law in the matter should be that:
- i. it does not lead to a tax hike compared to the status quo (principle of tax neutrality), and
 - ii. it is not detrimental but favourable to Switzerland's attractiveness as a location for international businesses and persons who want to establish themselves in the country (principle of maintaining or even increasing the overall attractiveness of Switzerland on an international level).

1.3. Main concerns with the Draft

- 4 The Draft includes certain tax provisions that in our opinion need to be urgently amended as they violate the aforementioned guiding principles. Furthermore, the new rules would not be meant to apply only to Swiss law trusts, but generally to any trust with a Swiss connection. Thus, the importance of creating very targeted and sensible rules is paramount.

1.3.1. Assimilation of irrevocable discretionary trusts to foundations and residence rules

5 The Draft assimilates irrevocable discretionary trusts to foundations (new art. 10a para. 3 of the federal direct tax act and new art. 6a para. 3 of the federal tax harmonization act). Unlike under the current practice, such trusts would therefore become taxpayers in their own right. The same provision further provides that such trusts would become tax residents and thus subject to Swiss taxes if at least one beneficiary is a Swiss tax resident. If the beneficiaries cannot be identified, then the trust may become a Swiss resident if the settlor is or was a Swiss resident.

6 Under current rules, a settlor who is not (yet) a Swiss tax resident may create an irrevocable and discretionary trust abroad, prior to moving to Switzerland. If upon settlement of the trust, the settlor has effectively given up economic control and benefit over the trust, then the trust's assets and income would no longer be considered his for Swiss tax purposes. Therefore, when such settlor would move to Switzerland, he would only be taxable on his own personal wealth and income (but not on the trust assets). Under the proposed rules, the trust would somehow "follow" the settlor into the country and become subject to Swiss taxes (like a foundation). The rules proposed by the Draft therefore effectively create a new tax base. This constitutes a tax hike, which should be rejected.

7 Furthermore, under current rules, a Swiss resident beneficiary of an irrevocable discretionary trust would only be taxable with respect to the trust if he receives distributions from it. Under the new rules, the trust would also become a Swiss taxpayer, solely because the beneficiary is a Swiss resident. As a consequence, the trust would be subject to Swiss taxation, irrespective of distributions made to Swiss beneficiaries. This, too, constitutes a tax increase, which should be rejected.

8 The Draft further provides for a new residence rule (new art. 10a para. 4 of the federal direct tax act and new art. 6a para. 4 of the federal tax harmonization act): If a double tax convention provides that the irrevocable discretionary trust (which now qualifies as a foundation) is a resident of another country (typically because its place of effective management, i.e. the trustee, is located abroad), then the trust's income and wealth shall be allocated to the settlor (who may be a Swiss tax resident). The legal nature of that provision may be controversial. It is especially not entirely clear whether it is meant to be a "tax treaty override" provision (the validity of which would be doubtful at best). In

essence, it has however the same goal: allocate a non-resident's income and wealth to a Swiss resident, since the treaty would otherwise preclude it from being taxed in Switzerland. The mechanism resembles the one applied by countries who have CFC (controlled foreign corporation) rules. Foreign CFC rules may allocate the income of Swiss-based companies to non-residents (typically to parent companies). Switzerland usually considers this type of rules to be a violation of a double tax treaty's spirit as they may lead to unsolvable double tax conflicts. It is surprising that Switzerland now proposes to adopt precisely such a mechanism when it comes to the taxation of trusts. This provision therefore also violates the principle of tax neutrality and should be rejected.

1.3.2. Liability for the trust's taxes

9 The Draft's new art. 55 para. 5 of the federal direct tax act foresees that the Swiss resident settlor or Swiss resident beneficiaries are held jointly and personally liable for the Swiss taxes of the irrevocable discretionary trust. For some reason, the Draft does not propose to include a similar provision in the federal tax harmonization act.

10 Given that neither the settlor nor the beneficiaries have any control over a trust that is irrevocable and discretionary, this new clause foresees a causal liability (*Kausalhaftung, responsabilité causale*) which is completely independent from personal fault and/or control by the beneficiary over the trustee's behavior. It especially also applies where for example a beneficiary has not received any distribution from the trust. In that light the proposed provision seems highly unfair as persons are held liable for somebody else's noncompliance which may be completely outside their control. As a bare minimum, the personal liability should be limited to the amount of distributions effectively received from the trust.

1.4. Summary on the proposed tax rules

11 The approach chosen by the draft (assimilation to a Swiss foundation which may become a Swiss tax resident solely by virtue of the settlor's or a beneficiary's Swiss residence) leads to a substantial broadening of the tax base by creating new taxpayers and by taxing their income and wealth. It constitutes a major tax increase compared to the status quo and should therefore be rejected.

12 The Draft also considerably increases the complexity of the legal and compliance questions faced by persons who have an international background and

envisage to set up residency in Switzerland. Not only would they bring “their” trust with them, but the income in question could also be double taxed in dual residence scenarios.

13 Furthermore, the tax rules included in the Draft would not only apply to Swiss trusts, but they would apply to any trust with a Swiss connection. Many individuals and families who live in Switzerland and who come from common law countries have a trust “somewhere in their family”. So do many persons coming from Asia or from the Middle East. They would all become subject to the new rules (at least if they move to Switzerland after the Draft becomes law). That means that any relocation of such persons to Switzerland would come with very substantial tax (and compliance) costs associated with “their” trust. Under current rules, this is not the case. It goes without saying that the tax consequences of the Draft would therefore deter many persons from coming to Switzerland in order to live here or do business in the first place. Thus, the Draft’s tax rules jeopardize Switzerland as a place for international relocations of persons and businesses.

14 The proposed tax rules included in the Draft would deal a terrible blow to any effort of Switzerland to be attractive to foreigners and to international businesses. The new rules should therefore be redesigned in order to comply with current administrative practice. Alternatively, no new rules at all should be proposed with the effect that the current administrative practice be upheld. Any project short of that should be rejected altogether.

2. Civil law: inheritance and matrimonial property law

2.1. General remarks

15 While the Swiss foundation is an excellent instrument for charitable purposes, it is not suitable for estate planning and asset preservation. The use of a trust can however be an effective way to achieve estate planning objectives. Trusts are frequently used in estate planning to benefit and provide for the distribution of assets to the heirs of the settlor and in cases where someone wants or needs to set up financial care for young children or long-term planning and care for dependents with disabilities. Furthermore, it may protect an estate from beneficiaries who may not be adept at money management. Accordingly, clients have to resort to foreign jurisdictions to make use of trusts for such purposes. In light of the uncertainties when dealing with foreign law trusts, it might

be perceived as advantageous for the clients and the courts to introduce a Swiss trust law.

16 With regard to inheritance and matrimonial property law, we as practitioners welcome the content of the preliminary draft ("Draft"). In the present position paper, reference is made only to those provisions for which, in our view, further examination appears desirable. Hence, we would like to highlight selected aspects with regard to some provisions in the Draft (hereinafter referred as p-CO and p-CC) which should be clarified to allow for a successful introduction into the existing context of inheritance and matrimonial property law. The new provisions of inheritance law which will enter into force on 1 January 2023 will be referred to as p-CC.

17 The following comments are intended to meet the needs of legal practitioners insofar as some provisions will hardly be suitable in practice and appear unclear, even if they would be desirable in the result.

18 The legal institution of a trust is new in Swiss law and will raise questions in practical application. The clearest possible formulations should therefore facilitate its applicability and not delegate the legislative mandate to the judiciary.

2.2. Analysis of the Draft

Art. 529a p-CO

19 Art. 529a p-CO defines the trust and regulates the formal requirements. According to art. 529a para. 2 p-CO, a trust may be established either by written declaration or by a disposition of property upon death (see also art. 493 p-CC; "testamentary trust"; "Erbtrust"). It is to be welcomed that the Draft provides for such clarification regarding the form of establishment of a trust, so that it is compatible with the *numerus clausus* of the types of testamentary dispositions and takes into account the fact that trusts are an estate planning tool.

20 The Draft provides for the application *mutatis mutandis* ("sinngemäss") of the provisions on the establishment of a foundation by testamentary disposition ("testamentary foundation"; "Erbstiftung", art. 81 para. 1 CC).¹ Accordingly, the testator may establish a trust and express his wish to settle assets into trust by

¹ Explanatory report, p. 87 f.

two different deeds, namely by a written declaration and/or testamentary dispositions (last will or inheritance contract, both defined in the Draft in German “Trusturkunde”; in English “trust deed”).²

- 21 In our view there are some ambiguities with regard to (i) the *essentialia negotii*, which need to be included in the deed of a testamentary trust for the valid establishment of a trust, and (ii) the decisive criteria which determine the effectiveness of the trust. The relevant questions arise in the context of art. 529b p-CO which deals with the establishment and legal effectiveness of the trust. As a preliminary note, it appears that some of these uncertainties seem to be based on the differences between a trust and a foundation. In particular, the distinction in the law of foundations between establishment (“Errichtung”) and legal personality (see art. 52 CC) is not applicable to a trust, since a trust has no legal personality. However, similarly to the law of foundations, the Draft and Explanatory report distinguishes between establishment of the trust (“Errichtung”) and coming into effect of the trust (“gültig werden”³; “Rechtswirksamkeit”;⁴ art. 529b p-CO).

Art. 529b p-CO

- 22 According to the explanatory report, the minimum requirements (*essentialia negotii*) for the establishment of a trust are set out in art. 529b para. 1 p-CO. Accordingly, the trust deed must include the following: (i) the expression of the will of the settlor to establish a trust and (ii) to settle assets into the trust, (iii) the appointment of the trustee, (iv) the designation of the beneficiaries, and (v) the rules for the trust’s administration.⁵
- 23 Pursuant to the Draft, if a trust is established by testamentary disposition, it is specified that there is however no need for the settlor to appoint a trustee (art. 529b para. 2 p-CO). If the trust deed does not foresee the appointment of the trustee, then the trustee can be appointed by the court.⁶
- 24 The determination of the *essentialia negotii* of a trust established by disposition upon death is of high importance. In our view, in case of a testamentary trust, it is from a Swiss inheritance law perspective problematic that the trust deed (i.e.

² Explanatory report, p. 88.

³ See e.g. explanatory report, p. 63.

⁴ See marginal note of art. 529b p-CO, see art. 529b para. 5 p-CO.

⁵ Explanatory report, p. 88.

⁶ Explanatory report, p. 89.

the last will or the inheritance contract) must not set out the appointment of the trustee (art. 529b para. 2 p-CO), who may be an appointed heir (“eingesetzter Erbe”) or legatee (“Vermächtnisnehmer”).⁷ It is alien to the system that the testator can delegate the appointment of an heir or legatee to a court. We would like to highlight the following considerations in this regard:

- a. As the trust assets are transferred to the trustee only as a separate patrimony (see art. 529n para. 1 p-CO; “Sondervermögen”), the legal position of a trustee is more like a *fiduciary heir* or *fiduciary legatee*. The actual heirs or legatees (with a right or a mere expectation) are in fact the beneficiaries.
- b. There could well be a case where the testator foresees that his children (legal heirs) shall act as trustees with regard to a certain amount of the estate in favour of their children (grandchildren of the testator). In such constellation, it is not justifiable that the establishment of a trust would be denied just because the children have not explicitly been named as appointed heirs or legatees. Hence, also legal heirs can be trustees. Similar to foundations, a trust can in our view also be established by a charge burdened upon the heirs (art. 482 CC; “Auflage”).
- c. It is in our opinion indispensable that the testator determines the trustee and sets out clearly to whom the estate assets shall be transferred to be held in trust for the beneficiaries. The appointment of the trustee (resp. the heir or legatee) in case of a testamentary trust by a court (art. 529b para. 2 p-CO) is incompatible with the principle that a disposition of property upon death is strictly a personal right (“Grundsatz der Höchstpersönlichkeit”).⁸ Moreover, the establishment of a trust by a settlor without naming or determining a trustee in the context of estate planning is hardly imaginable and if so, it would raise doubts as to whether the testator really intended to set up a trust. The initial appointment of a trustee belongs in our opinion to the *essentialia negotii*.

⁷ See Explanatory report, p. 63, p. 88.

⁸ STAEHELIN, in: Geiser/Wolf (ed.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6th ed., Basel 2019, art. 483 margin no. 6 (cited: BSK CC II-AUTHOR); BSK CC II-HUWILER, art. 484 margin no. 29.

- d. Another question is whether a successor trustee, if he has not been determined by the testator in his testamentary dispositions, may be appointed by the court. In our view such a delegation is a defensible approach as the initial transfer of the succession (property) from the testator to the (initial) trustee has taken place and it merely concerns the replacement of an administrator. It must be noted that such judicial power is also being discussed by scholars in connection with executors.
- e. The lack of appointment of a trustee in the trust deed of a testamentary trust seems further problematic with regard to the issuance of an inheritance certificate (art. 559 CC). Such certificate can only be issued if all heirs are known. If not all heirs are known it becomes necessary to appoint an estate administrator (art. 554 para. 1 sec. 3 CC). To relieve the authorities and courts it would be recommendable to require the trustee to be named in the trust deed.
- f. It seems further unclear whether the nature of the trust (discretionary trust or fixed interest trust, see art. 529d p-CO) must be defined in the initial trust deed. Such directions should in our view need to come from the testator directly as they concern the disposition of his property and the designation of the entitlement of the beneficiaries. If the nature of the trust is not considered to be a minimum requirement of the initial trust deed, we suggest at least to include in the Draft a catch-all provision, according to which a testamentary trust shall be qualified e.g. as a discretionary trust if the trust deed does not provide for another qualification.
- g. It is essential to clearly state in the Draft when the testamentary trust becomes effective. According to art. 529b para. 5 p-CO, a trust only becomes effective ("rechtswirksam") once the trustee has provided consent in writing and ownership of the assets has been transferred to the trustee. Transfer of ownership shall occur in line with the provisions of inheritance law.⁹ In Swiss inheritance law, we know the concept of universal succession, where the heirs become joint owners upon the death of the deceased. Single ownership shall only be assumed by each heir upon execution of a partition agreement or a de facto partition. Hence, it is not clearly stated in the Draft which event is decisive for the trustee to become the owner of the trust fund and the trust itself to become effective.

⁹ Explanatory report, p. 88.

- h. Where the trustee is a legatee, transfer of ownership is taking place at the time of the distribution of the legacy (art. 562 para. 2 CC). Since disputes among heirs may last several years until the estate is divided, it seems less useful to refer to the partition of the estate for the trust to become effective. Furthermore, since the Draft refers to foundations and testamentary foundations become effective upon death, it would be consistent to let the trust become effective as well with the demise of the testator. The trustee however can only start to act once the trust assets have been transferred to him resp. the patrimony has been segregated.
- i. In this context, further questions arise with regard to the requirement of the trustee to consent in writing for the trust to become effective (art. 529b para. 5 p-CO). If the ownership were transferred upon death, the written consent should be deemed if the trustee has not disclaimed the inheritance within the three-month time limit of a disclaimer (art. 567 para. 1 CC).

25 With regard to art. 529b para. 6 p-CO, it is to be welcomed that the Draft expressly reserves the statutory provisions protecting the rights of the settlor's spouse, registered partner and heirs. According to the Explanatory report, this reservation refers in particular to the Civil Code provisions regarding additions to the property acquired during marriage (art. 208 CC), the duty to inform (art. 170 CC), statutory entitlement (forced heirship) and adding to the estate (art. 470 et seq. CC), abatement (art. 522 et seq. CC), duty to provide information (art. 607 para. 3 CC, art. 610 para. 2 CC), and hotchpot duty (art. 626 et seq. CC).¹⁰ Hence, the contributions to the trust resp. the trustee are relevant for matrimonial property and inheritance law and will be taken into consideration to determine the entitlement of the spouses and heirs.

Art. 529c p-CO

26 With regard to art. 529c p-CO, the Explanatory report states that the *nasciturus* may be designated a beneficiary.¹¹ *E contrario*, one could conclude that a *nondum conceptus* might not be a validly designated beneficiary. With regard to a testamentary trust, which often aims to support the family or the "clan" of the settlor and not only his living or conceived heirs we consider the possibility to designate a *nondum conceptus* as beneficiary legitimate and important. As long

¹⁰ Explanatory report, p. 90; see also p. 110.

¹¹ Explanatory report, p. 90.

as it is possible to determine the beneficiary at the time of distribution of the benefits, designation of a *nondum conceptus* as beneficiary seems compatible with the principle that a disposition of property upon death is the execution of a strictly personal right (“Grundsatz der Höchstpersönlichkeit”).

Art. 529h p-CO

- 27 Where the trust has more than one beneficiary, the trustee shall act impartially and take due account of their different interests (art. 529h para. 3 sec. 3 p-CO). This provision is of particular importance in case of a testamentary trust and where the trustee is also a beneficiary (see art. 529c para. 2 p-CO). The duties of the trustee in context of a testamentary trust will be analysed under art. 529i p-CO.

Art. 529i p-CO

- 28 Art. 529i p-CO regulates the accountability of the trustee and beneficiaries’ right to information. According to art. 529i para. 3 sec. 2 p-CO, the trustee can refuse to provide information to a beneficiary if such information would jeopardize the legitimate interests of other beneficiaries – such refusal may e.g. be based on confidentiality grounds.¹² Furthermore, the trust deed may restrict beneficiaries’ information rights.¹³
- 29 According to art. 529b para. 6 p-CO, the heirs’ rights and duties to provide information (art. 607 para. 3 CC, art. 610 para. 2 CC) are being reserved.¹⁴ Hence, the relevance of art. 529i p-CO is not entirely clear in an inheritance law context.

Art. 529t p-CO

- 30 The trust deed may allow the settlor, the trustees or protectors to add or exclude beneficiaries (art. 529t para. 1 p-CO). This might cause uncertainties with regard to the principle that a disposition of property upon death is the execution of a strictly personal right (“Grundsatz der Höchstpersönlichkeit”). In our opinion, in case of a testamentary trust, the testator must designate

¹² Explanatory report, p. 97.

¹³ Explanatory report, p. 97.

¹⁴ Explanatory report, p. 90.

beneficiaries personally. To be in line with inheritance law, it is also required that the testator sets out whether new beneficiaries can be added or removed. If so, it is necessary that the testator specifies the criteria, since the appointment or removal of heirs cannot be globally delegated to the trustee or protector.

Art. 528 para. 3 p-CC

- 31 It is to be welcomed that art. 528 para. 3 p-CC clarifies against whom the action for abatement shall be brought. As in the case of establishment of a foundation or a foreign trust, settlements into a trust shall be subject to abatement where the testator has exceeded his or her testamentary freedom (art. 522 et seq. CC; art. 528 para. 3 p-CC; art. 493 p-CC).¹⁵
- 32 It is not entirely clear whether such action for abatement is also possible to challenge settlements into a trust which are incompatible with obligations entered into under a contract of succession (see art. 494 para. 3 CC; art. 529a para. 2 p-CO).
- 33 Moreover, qualification of establishment of a trust or later settlements into an existing trust is likely to cause difficulties with regard to art. 527 CC. According to the Explanatory report, such settlement may be either subject to:
- a. art. 527 sec. 1 CC, if the settlement is not subject to the hotchpot duty;
 - b. art. 527 sec. 3 CC, if the settlement is qualified as a gift that was either freely revocable or made in the five years prior to the settlor's death;
 - c. art. 527 sec. 4 CC, if the settlor intended to circumvent limitations on his testamentary freedom by alienating assets.¹⁶
- 34 With regard to art. 527 sec. 1 CC, the hotchpot duty must first be analysed. Several questions around art. 626 CC are being controversially discussed in academia. These questions will be of high relevance for the qualification of a disposition of assets into a trust as either being subject to the hotchpot duty (art. 626 para. 2 CC) or to abatement (art. 527 sec. 1 CC).

¹⁵ Explanatory report, p. 110.

¹⁶ Explanatory report, p. 110.

- a. Art. 626 para. 2 CC does only apply in case of intestate succession ("*Intestaterbfolge*"), i.e. where the testator does not alter the inheritance shares. In case of a testamentary trust, the settlor has to settle the assets by appointing the trustee as heir ("*Erbeinsetzung*") or legatee.¹⁷ According to the prevailing doctrine, art. 626 para. 2 CC applies to descendants (i.e. legal heirs) whose inheritance shares remain unchanged, even if there are also appointed heirs.¹⁸ Hence, even though the testator may establish a testamentary trust, he may thereby not necessarily alter the inheritance shares of his descendants, i.e. the beneficiaries. Hence, art. 626 para. 2 CC might potentially still apply where a trustee is an appointed heir. Generally, it would be favourable to clarify how distributions from a trust to beneficiaries who are descendants are to be dealt with in the context of hotchpot. This would also allow for legal certainty regarding the order of abatement.
- b. It seems not entirely clear in which order the abatement shall take place: According to art. 532 CC, abatement applies first to testamentary dispositions and thereafter to dispositions *inter vivos* in reverse chronological order until the statutory entitlement has been reconstituted. This article is currently under revision.¹⁹ The draft for the revised inheritance law provides for property which passes to heirs under intestate rules to be abated first. Thereafter, dispositions of property upon death and dispositions *inter vivos* are subject to abatement (art. 532 para. 1 p-CC).²⁰ Art. 532 para. 2 p-CC further stipulates the order of abatement for dispositions *inter vivos* ([i] dispositions made under marriage agreements or property agreement, [ii] freely revocable dispositions and payments from restricted pension plan, in equal ratio; [iii] further dispositions, starting with the most recent ones).

35 In addition to the abovementioned uncertainty regarding the hotchpot duty, it is to regulate whether the heir's inheritance shares are being altered by establishment or later settlements into a trust or by amending the schedule of beneficiaries (adding or removing beneficiaries) (see art. 532 para. 1 sec. 1 and sec. 2 p-CC). In addition, it would be favourable if the message of the federal council would address how to deal with irrevocable and revocable trusts with regard to art. 527 CC and art. 532 p-CC.

¹⁷ Explanatory report, p. 63.

¹⁸ See overview of discussion in BSK CC II- FORNI/PIATTI, art. 626 margin no. 7.

¹⁹ BBl 2018 1537 et seq.

²⁰ BBl 2018 1537, 5908.

2.3. Summary

36 As stated above, the introduction of a Swiss trust law may be welcomed. However, there are some relevant uncertainties with regard to inheritance law and matrimonial property law. In particular, the *essentialia negotii* of a testamentary trust and the decisive criteria which determine the effectiveness of the trust appear to be issues of high relevance. In this context, it appears to be problematic that appointment of a trustee is not an *essentialia negotii* of a testamentary trust (art. 529b para. 2 p-CO). There are some further issues which are generally related to the principle that a disposition of property upon death is a strictly personal right ("Grundsatz der Höchstpersönlichkeit"). In addition, there are uncertainties with regard to hotchpot duty and abatement. It seems difficult to introduce the Draft into the existing framework if the highlighted issues are not being resolved.

3. Civil law: other aspects

3.1. General remarks

37 Art. 529j para. 6 p-CO provides that the trustee must keep all documents in such a way that they can be accessed at any time in the country of his seat or domicile. It has been suggested that at least one trustee (be it a natural or a legal person) should be Swiss. The reason for this suggestion is to avoid possible conflicts of law and to facilitate the enforcement of the tracing right provided for in art. 529q p-CO. It must be noted, however, that such a requirement may trigger undesirable complications. For example, in the event of a change of trustees, there would also be a requirement to change the proper law of the trust.

38 Art. 529h p-CO provides a list of duties of care and loyalty of the trustee. On the basis of the Swiss legal system's lack of familiarity with the concept of equity, this list should be expanded to include a broader spectrum of obligations in order to reduce the legal uncertainties that may arise from such a general list.

39 The Draft provides for various ways of transferring trust assets. According to art. 529s para. 4 p-CO, the assignment of assets and liabilities can take place under art. 181 CO. As explicitly stated in the Draft, such a transfer of assets also includes the rule stated by art. 181 para. 2 CO. According to the latter article, the former owner of the assets is jointly and severally liable for the liabilities

arising from the transferred assets for a duration of three years. This period of joint and several liability starts at the time of the transfer of the assets, if the claim is due, or at the time the claim becomes due, if it occurs later.

- 40 This three-year period of joint and several liability does not seem to be appropriate, as it is not in line with current practice in the world of trusts. Changes of trustees and the resulting transfer of the trust fund are frequent, and it would be inappropriate to hold the former trustee jointly and severally liable for three years following the transfer or, even worse, for three years following the due date of the claim. We therefore recommend that the rule contained in art. 181 para. 2 CO be explicitly excluded from art. 529s para. 4 p-CO.

3.2. Litigation and legal remedies

- 41 The procedural rules of the Draft envisage a jurisdiction clause in the trust deed, failing which the courts at the location of the defending party or at the location of the trustee will have jurisdiction (art. 39a p-Code of Civil Proceedings). This is a fair proposal, which should encourage settlors and trustees to include an exclusive jurisdiction clause in the trust deed.
- 42 Art. 529w p-CO provides the option of an arbitration clause binding on the settlor, the trustee, the protector and the beneficiaries. There is no reservation as to unborn beneficiaries, which has to be welcome for the sake of clarity, consistency and exclusivity of the arbitration process.
- 43 In a civil law jurisdiction such as Switzerland, the recourse to arbitration should be encouraged as it would enhance the resolution of trust disputes by qualified professionals with the required expertise and experience in trust matters and maintain confidentiality.
- 44 However, the legal remedies provided by art. 529v p-CO under the heading "*Interventions du tribunal*" are not satisfactory as far as applications for directions are concerned. These applications are frequent in the common law courts where judges are asked to issue orders or provide guidance when the legitimacy or appropriateness of a trustee's decision or action are doubtful. According to the Draft, such applications will be subject to summary proceedings or, as the case may be, arbitration in the presence of an arbitration clause.
- 45 In both cases, the remedies are unlikely to work properly. One has to expect that Swiss courts will entertain such applications with great reluctance. In

general, in Switzerland, judges do not make decisions for those to whom the law or contract has entrusted the right and duty to make such decisions (with the exception, in a totally different context, of the courts of protection). Arbitration appears to be similarly ill-suited for this purpose. The complexity and time needed for starting an arbitration process are not compatible with urgent applications. This is likely to remain a major flaw of the Swiss trust legal remedies.

- 46 Art. 529g para. 3 p-CO is not clear. Is the trustee liable only to creditors or creditors and/or beneficiaries in this clause? Beneficiaries are not creditors. In certain circumstances should this liability be limited to the trust assets? According to the provision, liability may be excluded, but should this be limited to gross negligence, fraud and willful misconduct?
- 47 According to art. 529e para. 2 p-CO, the settlor cannot transfer his rights as settlor to a third party to act on his behalf. This is not the case in other jurisdictions, where a settlor can appoint an attorney under a power of attorney to act if he loses mental capacity. This is not an obligation but may be an attractive option for settlors.
- 48 In addition, we notice that purpose trusts are excluded from the Draft. These are useful structures in the modern trust law industry in the context of private trust companies, which have become more popular. Although we agree that purpose trusts should be not allowed to be used instead of charitable foundations, additional thoughts should be given to situations in which a limited use of purpose trusts may be appropriate.

4. Concluding remarks

- 49 We thank you again for providing us with the opportunity to comment on the Draft. Whereas the civil law provisions would benefit from some limited improvements as set out above, the proposed tax provisions are clearly a major concern and create the risk of causing great harm not only to the Swiss trust industry but to the entire financial sector, or even larger parts of the economy. Considering that the current tax practice and specifically the circular letter have generally proved to be satisfactory, we do not see an absolute need for the introduction of new rules. Clearly, should the proposed tax rules be maintained as they are, the whole Swiss trust project should be rejected.

Yours faithfully



Kinga M. Weiss



Philippe Pulfer



Robert Desax

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

per E-Mail:
zz@bj.admin.ch

Zürich, 26. April 2022

Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts); Stellungnahme der Zürcher Handelskammer

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 wurden interessierte Kreise dazu eingeladen, sich zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) zu äussern. Die Zürcher Handelskammer (ZHK) vertritt als Wirtschaftsorganisation die Interessen von über 1'100 Unternehmen am Wirtschaftsstandort Zürich und setzt sich für eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft mit möglichst günstigen Rahmenbedingungen ein. Wir erlauben uns deshalb, zur vorliegenden Vernehmlassung Stellung zu nehmen.

Position der ZHK

Die ZHK unterstützt die Einführung eines Schweizer Trusts als neues Rechtsinstitut im Obligationenrecht im Grundsatz. Durch die Einführung des Trusts erhalten natürliche und juristische Personen, die weder ein ausländisches Rechtsinstitut noch ein Gebilde nach bisherigem Schweizer Recht in Anspruch nehmen wollen oder können, eine neue rechtliche Alternative. Darüber hinaus erhofft sich die ZHK, dass die Einführung des Trusts neue Geschäftsmöglichkeiten für die Schweizer Finanzindustrie eröffnen kann. Jedoch lehnt die ZHK die vorgeschlagenen steuerrechtlichen Bestimmungen des neuen Rechtsinstituts entschieden ab. Diese würden zu einer Verschlechterung der Situation im bestehenden Trust-Geschäft führen und hätten damit einen kontraproduktiven Effekt auf die Schweizer Trust-Wirtschaft und den Wirtschaftsstandort.

Zur Begründung

Mit der Einführung eines Trusts stünden natürlichen und juristischen Personen ein neues Rechtsinstitut zur Verfügung, welches bereits im Ausland rege genutzt wird und gegenüber den bestehenden Schweizer Rechtsinstituten viele Vorteile bietet. So könnten interessierte Parteien neu auch in der Schweiz einen Trust gründen und müssten dafür nicht mehr ins Ausland ausweichen. Bestehende Rechtsinstitute würden weitergeführt und müssten neu mit dem Trust konkurrieren. Für Interessenten würde somit das Angebot erhöht, was zu einer grösseren Nachfrage führen sollte.

Die Schweiz hat bisher kein eigenes Trustrecht. Ausländische Trusts sind jedoch weitverbreitet und stellen eine rechtliche und wirtschaftliche Realität dar.

Mit der Einführung des Trusts könnten gleiche lange Spiesse für die Finanzindustrien der Schweiz und des Auslands geschaffen werden.

Hingegen sind die vorgeschlagenen steuerrechtlichen Bestimmungen des neuen Trusts abzulehnen. Sie würden die bestehende Schweizer Trust-Wirtschaft in ihren Grundlagen gefährden und können aus Standortsicht nicht unterstützt werden. Die geltende Praxis im Steuerbereich hat sich bewährt. Sie folgt in Kreisschreiben festgehaltenen Grundsätzen und wird den verschiedenen kantonalen Gegebenheiten und Anforderungen gerecht. Einen darüberhinausgehenden gesetzlichen steuerlichen Rahmen für einen Schweizer Trust betrachten wir auf dieser Grundlage als unnötig. Mit den vorgeschlagenen Neuregelungen würden sowohl bestehende ausländische Trusts als auch neu gegründete Schweizer Trusts einer nicht nachvollziehbaren (zweifachen) Doppelbesteuerung unterliegen. Dies gilt es zu verhindern.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Zürcher Handelskammer



Dr. Regine Sauter
Direktorin



Roman Obrist
Leiter Wirtschaftspolitik

Präsidenten: Beat Franz (ZNK), c/o Notariat Bülach
Tel. 044 859 28 00
beat.franz@notariate.zh.ch

Jan Rohner (gns), c/o Notariat Küsnacht
Tel. 044 947 57 02
jan.rohner@notariate.zh.ch

www.deinnotar.ch

Bülach/Küsnacht, März 2022

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau
Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Vernehmlassung zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Zu ausgewählten, unsere Arbeit betreffenden Artikeln halten wir unsere Gedanken und Überlegungen gleich im Anschluss fest. Vorab jedoch eine generelle Bemerkung: aus den Vernehmlassungsunterlagen ist zu entnehmen, dass Liechtenstein bisher das einzige Land in Kontinentaleuropa sei, welches den Trust kodifiziert hat; alle anderen Länder entschieden sich für die Treuhand. Mit der Vorlage soll nicht einfach ausländisches Recht übernommen werden, sondern auf dem Weg der Nachbildung das Instrument Trust im Schweizer Recht geschaffen werden, welches auf bereits im Schweizer Recht bekannten Rechtsinstituten beruhen soll. Zwar trifft die Erwähnung im erläuternden Bericht zu, dass mit der vorgeschlagenen Konzeption keine Änderungen im Sachenrecht, Erbrecht, Betreibungsrecht etc. nötig werden; jedoch soll per Gesetz ein neues Instrument zur Verfügung gestellt werden, welches in ganz erheblichem Masse ermöglichen würde, von wichtigen Grundsätzen und gesetzlichen Vorschriften in erwähnten (und zahlreichen weiteren) Rechtsgebieten abzuweichen oder diese schlicht zu umgehen. Um dem in der Regulierungsfolgenabschätzung offenbar erkannten bisherigen Regulierungsversagen im Schweizer Recht zu begegnen, würden als Antwort darauf Bestimmungen im Obligationenrecht eingefügt, die jenen in Teilen des ZGB, SchKG, BewG etc. teilweise komplett entgegenstünden. Jene bereits bestehenden Bestimmungen und Grundsätze aus der Rechtsprechung werden jedoch nicht in einem gesetzgeberischen Prozess oder durch Änderung der Rechtsprechung aufgehoben oder geändert.

Zu Art. 529a:

Vorgesehen ist, dass der Trust durch schriftliche Erklärung oder durch Verfügung von Todes wegen errichtet wird. Nicht vorgesehen ist, dass die sogenannte Trusturkunde hinterlegt wird oder für die Entstehung des Trusts ein Registereintrag notwendig sei.

Die öffentliche Beurkundung hat sich in der Schweiz bewährt. Die thematisch verwandte Errichtung einer Stiftung erfolgt mittels öffentlicher Beurkundung (vgl. Art. 81 Abs. 1 ZGB). Wir erachten es als sachlogisch, dass auch die Trusterrichtung in einer öffentlichen Urkunde festgehalten wird und somit auch dieses Rechtsgeschäft öffentlich beurkundet werden müsste. Mit der öffentlichen Beurkundung ist u.a. sichergestellt, dass die öffentliche Urkunde sicher aufbewahrt wird und die wertvolle Funktion der öffentlichen Beurkundung ihre volle Wirkung entfalten kann. Dies ist auch deshalb angebracht, weil vorgesehen ist, dass der Trust zur Entstehung in kein Register (z.B. das Handelsregister) einzutragen ist. Eine schriftliche Erklärung erbringt den Beweis gemäss Art. 9 ZGB nicht; dies ist der öffentlichen Urkunde vorbehalten. Verfehlt erscheint uns in diesem Kontext ebenfalls, dass eine weitere Zuwidmung an den Trust, sofern der Begründer und der Trustee identisch sind, schriftlich erfolgen kann (vgl. Art. 529l Abs. 2). Gleiches gilt auch für das Formerfordernis von Änderungen an der Trusturkunde (vgl. Art. 529t Abs. 2).

Als im Entwurf nicht klar zum Ausdruck gebracht erachten wir das Formerfordernis für die einzelnen Übertragungsgeschäfte zwischen Begründer und Trustee (Art. 529b). Der im erläuternden Bericht enthaltene Hinweis, dass diese Übertragungen sich "nach den Modalitäten des Sachenrechtes" richten, lässt darauf schliessen, dass der Rechtsgrundaussweis für Eigentumsübertragungen an Grundstücken der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 657 ZGB). Eine Auseinandersetzung mit dieser klaren Vorschrift in Art. 657 ZGB fehlt aus unserer Sicht jedoch. Solche Formvorschriften müssten u.E. zwingend gesetzgeberisch vorgeschrieben werden und sich nicht nur via Auslegung ergeben. Es erschliesst sich uns nicht, weshalb Eigentumsübertragungen an Grundstücken im Bereich des Trustrechtes von der allgemeinen Beurkundungspflicht (und dem dieser zugrundeliegenden Beurkundungszweck) ausgenommen werden sollen.

Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung und die damit einhergehende Beratungs- und Belehrungspflicht der Urkundsperson erscheint uns zudem angebracht, wenn sich der Begründer in der Trusturkunde explizit diverse Mitwirkungs- und Kontrollrechte vorbehalten muss (z.B. Art. 529e, 529h Abs. 3, Art. 659i), was ein rechtsunkundiger Begründer bei einer schriftlichen Trusterrichtung leicht zu übersehen oder zu vergessen riskiert (siehe auch unsere Bemerkung zu Art. 529e etc. unten).

Wird der Trust durch mehrere Begründer errichtet, so bleibt ihnen für eine Trusterrichtung von Todes wegen wohl nur der Erbvertrag und nicht andere Formen Verfügungen von Todes wegen (das Trustrecht sollte nicht dazu führen, dass ein sog. korrespondierendes Testament in der Schweiz plötzlich seine Berechtigung findet). Fraglich bleibt dann, ob es den Erbvertragsparteien überlassen ist, bei wessen Ableben der Trust zu errichten ist oder ob das Gesetz eine diesbezügliche Antwort vorzugeben hat.

Eine eindeutige Verletzung des im Erbrecht etablierten Gebotes der materiellen Höchstpersönlichkeit in einer letztwilligen Verfügung würde ermöglicht, wenn mittels einer solchen letztwilligen Verfügung ein Discretionary Trust errichtet würde und es dem eingesetzten Trustee dadurch überlassen wird, Begünstigte nach seinem eigenen Belieben hinzuzufügen (wie dies in Art. 512t VE-OR vorgesehen ist).

Ferner fragen wir uns, weshalb die verwendete Terminologie des Vorentwurfes von der sich bewährten Terminologie von Art. 80 ZGB (Stiftungsrecht) abweicht: "Zuwidmung" statt "Widmung", "Vermögenswerten" statt "Vermögen" und erkennen auf Grund der Vernehmlassungsunterlagen nicht, dass damit qualitativ etwas Anderes gemeint sein soll.

Zu Art. 529b:

In Abs. 1 sollte klar zum Ausdruck kommen, dass die den Trust umfassenden Vermögenswerte genau zu bezeichnen sind.

Abs. 2 widerspricht u.E. erneut dem erwähnten Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit im Erbrecht. Auch für die Errichtung mittels Verfügung von Todes wegen sollten die gleichen Grundsätze (vgl. Abs. 1 von Art. 529b) wie bei der Gründung inter vivos gelten.

Nicht nachvollzogen werden kann, wieso nicht generell die dem Trust gewidmeten Vermögenswerte bezeichnet werden müssen (vgl. Abs. 3). Diese Vermögenswerte müssen u.E. bereits definiert sein und nicht der späteren "Übertragung" an den Trustee überlassen werden (vgl. S. 90 des erläuternden Berichts). Letztendlich wird die Trusturkunde Dritten gegenüber (z.B. als Rechtsgrundaussweis für eine Grundstücksübertragung seitens des Begründers an den Trustee, als Nachweis für ein Aussonderungsbegehren im Konkursverfahren über den Trustee etc.) ihre Rechtswirkung entfalten müssen.

Es wäre sinnvoll, in Abs. 5 zu erwähnen, in welcher Form der Trustee die zugewidmeten Vermögenswerte erwirbt. Bei Grundstücken gehen wir davon aus, dass Art. 67 GBV anwendbar ist und der Eintrag des Trustees im Grundbuch konstitutive Wirkung hat (vgl. S. 85 des erläuternden Berichts) und mittels Singularsukzession erfolgt (vgl. S. 106 erläuternder Bericht). Unklar scheint auch die Rechtsfolge hinsichtlich der Trusterrichtung, wenn (noch)

nicht alle zugewidmeten Vermögenswerte durch den Trustee erworben wurde, sondern nur einzelne davon.

Ohne die detaillierteren Regelungen in Bezug auf das Güterrecht, Erbrecht und SchKG ist davon auszugehen, dass diesbezügliche Streitigkeiten vermehrt gerichtlich entschieden werden müssten (vgl. Abs. 6).

Zu Art. 529e (sowie Art. 529h und 529i):

In diesen Artikeln des Vorentwurfes werden dem Begründer Möglichkeiten diverser Kontroll- und Mitwirkungsrechte am Trust geboten. Wir fragen uns, ob die Gesetzesregelung nicht umgekehrt (und damit dem mutmasslichen Regelfall angepasst) werden müsste, nämlich dergestalt, als dem Begründer diese Rechte grundsätzlich zustehen und er sie im Rahmen der Trusturkunde ausdrücklich ausschliessen müsste.

Zu Art. 529g:

In Absatz 5 Ziff. 1 werden mehrere Trustees als gemeinschaftliche Träger des Trustvermögens genannt. Dies führt infolge dessen zu einem gemeinschaftlichen Eigentumsverhältnis, wobei nicht bestimmt wird, ob es sich dabei um Miteigentum oder (eher) um Gesamteigentum handeln soll. In der Annahme, dass auf Grund des Grundverhältnisses Gesamteigentum vorliegen wird (Art. 652 ZGB), fragt es sich, ob sich dieses gestützt auf eine einfache Gesellschaft begründet hat oder ob das Trustrecht ein neues, Gesamteigentum begründendes Grundverhältnis schafft (was u.E. abzulehnen wäre).

Zu Art. 529j:

Die Identifikations- und Dokumentationspflicht aller den Trust kontrollierenden Personen ist auch in Bezug auf das BewG ("Lex Koller") zu begrüssen. Diesbezüglich geben wir zu bedenken, dass besonders im Falle der Errichtung eines Discretionary Trusts und dem vorbehaltenen Recht des Trustees, Begünstigte zu streichen und insbesondere auch zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt andere Begünstigte zu bezeichnen, grösste Probleme bzgl. Prüfung und Feststellung einer Bewilligungspflicht für den Eigentumserwerb vorprogrammiert sein dürften.

Unbegründet in den Vernehmlassungsunterlagen bleibt indes die Regelung von Abs. 6, wonach die Aufbewahrungsfrist solcher Unterlagen nicht den üblichen Aufbewahrungsfristen nach Art. 958f OR (10 Jahre) entspricht.

Zu Art. 529m:

Unklar erscheint uns, wie bzw. durch wen in einzelnen Fällen diese Anmerkung wieder im Grundbuch gelöscht werden kann. Befindet sich im Trust ein Stammanteil, müsste darauf auch im Handelsregister verwiesen werden. Es erscheint uns unklar, ob eine Anmerkung in diesem Fall möglich wäre. Gleiches gilt für andere öffentliche Register, die unseres Wissens eine Abteilung "Anmerkung" nicht kennen.

Zu Art. 529n:

Einziges Korrektiv zur geplanten Schaffung eines getrennten Sondervermögens beim Trustee scheint der Hinweis in Art. 529b Abs. 6 VE-OR zu sein, wonach die Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger (namentlich Anfechtungsansprüche nach Art. 285ff. SchKG) vorbehalten bleiben.

Jeder Betreibungs- und Konkursbeamte in der Schweiz wird bestätigen können, dass die Pfändung bzw. Verwertung eines dem Schuldner gehörenden Vermögenswertes deutlich mehr Aussicht auf Befriedigung der Gläubigerforderung bietet, als zuerst in einem mit grossen Kostenrisiken und Kautionsierungspflichten verbundenen Prozess die vorausgegangene Zuwidmung von Vermögen des Schuldners in einen Trust anfechten zu müssen.

Störend erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass der Begründer gleichzeitig selber Trustee und zudem zumindest auch Co-Begünstigter sein kann (und/oder ihm nahestehende Personen einsetzen kann). Bedenkt man ferner den von uns schon bemängelten Umstand, dass eine Widmung von Vermögen in einen Trust durch blosser schriftliche Erklärung möglich sein soll (und somit noch nicht einmal Sicherheit über den für die Anfechtung zentralen Umstand bestehen kann, wann genau eine solche Zuwidmung vom Schuldner/Begründer effektiv unterzeichnet wurde), bedarf es keiner allzu grossen Fantasie, um zahlreiche Möglichkeiten zu erkennen, wie ein Schuldner sein Vermögen durch Zuwidmung in einen Trust vor dem Zugriff der Schuldner zu schützen versuchen könnte.

Zu Art. 529s:

In Abs. 4 ist vorgesehen, dass bei Ableben des Trustees und Fehlen von Co-Trustees das Trustvermögen im Zeitpunkt des Todes ohne Weiteres auf den neuen Trustee übergeht. Diese Bestimmung erscheint uns unklar bzw. wir müssen aus Mangel an Erläuterungen annehmen, dass für diese Fälle bereits ein Ersatztrustee in der Urkunde ernannt worden ist. Vorgesehen ist, dass eine Universalsukzession stattfindet, nicht aber gemäss Art. 560 ZGB an die Erben des Erblassers, sondern -und damit entgegen bisherigen Schweizerischen Rechtsgrundsätzen- an eine Drittperson. Dies insbesondere auch ohne Verfügung durch die

Erben des im Grundbuch eingetragenen Trustees. Offenbar soll dies die konsequente Folge der geplanten Zugehörigkeit des Trustvermögens zu einem Sondervermögen sein. Auch dieser Aspekt zeigt auf, wie wichtig es ist, dass die Universalsukzession anhand einer öffentlichen Urkunde und mit dem entsprechenden Todesschein verifiziert werden kann und nicht aufgrund einer schriftlichen Erklärung die Universalsukzession eruiert werden muss, da die Universalsukzession ohne Erbschein vollzogen wird.

Zu Art. 529v:

Es können durchaus auch Dritte berechtigte Zweifel über die Tragweite der Rechte und Pflichten des Trustees (oder anderer Beteiligten) haben. So z.B. die Urkundsperson und/oder der Grundbuchverwalter in Bezug auf die Frage, ob der Trustee zur Übertragung von Grundeigentum aus dem Trustvermögen an Dritte (oder an Begünstigte, an Nachfolge-trustees etc.) berechtigt ist oder nicht. Auch solchen Dritten müsste der Weg zur Feststellung dieser Frage an das Gericht zur Verfügung stehen.

Zum Zivilgesetzbuch:

Es ist zu begrüßen, dass das schweizerische Trustrecht das Pflichtteilsrecht der pflichtteilsberechtigten Erben berücksichtigt (Art. 493 Abs. 1 ZGB), obschon damit ein ganz wesentliches Motiv der angelsächsischen Trusterrichtung dem Schweizer Trust verwehrt bleibt.

Möglicherweise sind aber weitere Anpassungen innerhalb des Erbrechtes zu prüfen. Wir denken insbesondere an besondere Bewertungsvorschriften des unentgeltlich veräusserten Trustvermögens im Rahmen von Ausgleichung (oder Herabsetzung). So ist es doch höchstwahrscheinlich, dass ein professioneller/institutioneller Trustee das Trustvermögen wertvermehrend anlegen wird und damit das Todesfallprinzip (bzw. das Datum der Erbteilung) für die Teilungsrechnung möglicherweise zu unbeabsichtigten Rechtsfolgen für ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtige Erben führt.

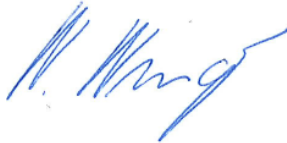
Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob der Trust mit einem Minimalkapital ausgestattet werden müsste, damit ein Trust errichtet werden kann. Ob dieser einer breiten Bevölkerungsschicht des Mittelstandes als Planungsinstrument zur Nachlassregelung dienen kann und wird, kann zumindest angezweifelt werden.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Anliegen.

Zürcherisches Notaren-Kollegium

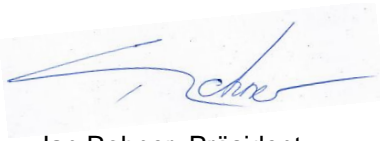


Beat Franz, Präsident



Werner Wenger, Beisitzer

Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich

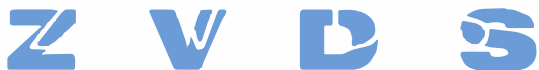


Jan Rohner, Präsident



Matthias Eisenhut, Vize-Präsident

Kopie an:
Notariatsinspektorat des Kantons Zürich



Zentralschweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten

Eidg. Steuerverwaltung
Eigerstrasse 65
3003 Bern

Luzern, 29. April 2022 / BK

Vernehmlassung zur Einführung eines Schweizer Trusts

Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Zentralschweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten (ZVDS) ist ein im Jahr 1996 gegründeter Verein mit Sitz in Luzern. Sie ist ein Zusammenschluss von im Steuerexpertenberuf tätigen natürlichen Personen in den Kantonen Luzern, Zug, Nidwalden, Obwalden, Schwyz und Uri. Die ZVDS hat sich zum Ziel gesetzt, durch Information der Öffentlichkeit, mittels Durchführung von Diskussionsabenden sowie durch Teilnahme an Vernehmlassungsverfahren einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Steuerrechts zu leisten.

An der Verfassung dieser Stellungnahme waren folgende Mitglieder unserer Vereinigung (in alphabetischer Reihenfolge) beteiligt:

Thomas Bitzi:	Bitzi Treuhand AG, Sursee
Bruno Kaech:	Gewerbe-Treuhand AG, Luzern

Mit Schreiben vom 12. Januar 2022 lädt der Bundesrat die interessierten Kreise ein, sich zur oberwähnten Vorlage vernehmen zu lassen und sich zur Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im Schweizer Obligationenrecht zu äussern. Gerne nehmen wir im Namen der Zentralschweizerischen Vereinigung diplomierter Steuerexperten ZVDS dazu wie folgt Stellung:

Vorbemerkung

Die Schweiz hatte bisher kein eigenes Trustrecht. Ausländische Trusts werden jedoch in der Schweiz - seit dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens im Jahr 2007 - vollständig anerkannt. In der Praxis werden Trusts nach Massgabe zweier Kreisschreiben besteuert (KS 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz und KS 20 der Eidgenössischen Steuerverwaltung). Der Gesetzgeber nimmt die Einführung gerade auch zum Anlass, Trusts ebenfalls explizit in den Steuergesetzen zu verankern.

Offenbar folgt die Einführung eines Trustrechts einem internationalen Trend. Es steht das Bestreben im Vordergrund ein Schweizer Trustrecht zu schaffen, damit die Akteure in der Schweiz nicht auf ausländische Trusts ausweichen müssen und auch damit, dass sich das Trustgeschäft in die Schweiz verlagert. Damit das aber passiert, müssen die gesetzlichen Grundlagen derart attraktiv ausgestaltet werden, damit sie der Schweiz letztlich die anbegehrten Vorteile auch bringen und eine Chance für den Finanzplatz darstellen.

Da die ZVDS eine Vereinigung von Steuerexperten ist, werden wir uns deshalb nachfolgend nur zur steuerlichen Umsetzung äussern und die zivilrechtlichen Bestimmungen nicht kommentieren.

Einführung eines Schweizer Trusts

Nach Durchsicht der Vernehmlassungsvorlage stellen wir fest, dass der vorgeschlagene Gesetzesentwurf im Vergleich zum Status quo steuerlich nicht attraktiver ist. Der beabsichtigte Trust würde sogar gegenüber den ausländischen (z. B. der liechtensteinischen) Familienstiftungen an Attraktivität verlieren.

Eigentlich wäre die Einführung eines Schweizer Trusts ohne weiteres ohne Anpassung der gesetzlichen Grundlagen möglich. Nicht einmal die geltenden Trust-Kreisschreiben hätten verändert werden müssen. Aber so, wie die Sache nun aufgegleist ist, besteht ein grosses Risiko, dass sie anstelle zu einem Vorteil wegen der fehlenden steuerlichen Attraktivität zu einem Nachteil wird. Aber ein solches Image kann sich die Schweiz steuerlich eigentlich nicht leisten.

Die ZVDS ist mit der vorgeschlagenen steuerlichen Umsetzung nicht einverstanden. Die Vorlage würde das Ziel, dass Trustgeschäft in die Schweiz zu holen, gefährden, und kann auch aus Standortsicht nicht unterstützt werden.

Für den Fall, dass es vorliegend nicht beim Status quo bleiben soll, müsste der Vorschlag zwingend angepasst werden, sodass die neue gesetzliche Regelung nicht hinter die heutige Praxis zurückfällt.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und ersuchen Sie, unsere Auffassungen in die Bundesgesetzgebung einfließen zu lassen.

Freundliche Grüsse

Zentralschweizerische Vereinigung diplomierter Steuerexperten (ZVDS)



Bruno Kaech, Präsident