

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement (EJPD)  
Bundesamt für Justiz (BJ)  
Bundesrain 20  
CHF-3003 Bern

**Per Email versandt:**  
[zz@bj.admin.ch](mailto: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 ein 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 verfassungswidrig 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 abkommensberechtigter 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 keinsten 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 auseinandergelassen 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 Er-richtung 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

