



Xavier Latour
Associé / Partner



Gregory
von Niederhäusern
Collaborateur /
Associate

DETENTION D'IMMEUBLES PAR UN TRUST – POSSIBLES INFRACTIONS A LA LFAIE

Le trust est une structure juridique qui peut être essentiellement résumée comme suit : une personne – le *trustee* – détient et gère des avoirs ayant appartenu au fondateur du trust – le *settlor* – au profit des bénéficiaires du trust. Un *protector* peut, si le *settlor* l'a souhaité, contrôler l'activité du *trustee*. Les développements qui suivront seront limités aux trusts dits irrévocables et discrétionnaires, tant il est vrai que les autres formes de trusts nécessiteraient que des nuances et exceptions, souvent complexes, soient abordées. Pour mémoire, le trust est discrétionnaire lorsque le *trustee* distribue les revenus ou les biens du trust à sa discrétion et il est irrévocable lorsque le *settlor* n'a plus la faculté de révoquer le trust.

Le trust est une structure juridique reconnue en Suisse sans pour autant faire l'objet d'une codification légale domestique, ce qui peut entraîner des difficultés d'application du droit dans divers domaines, qui doivent être appréhendées au cas par cas.

C'est le cas notamment lorsqu'un trust détient des immeubles en Suisse, puisque se pose alors la question de l'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE), dont on rappellera qu'elle a pour but de limiter l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

REAL ESTATE HELD BY A TRUST – POTENTIAL BREACHES OF THE LFAIE

The trust is a legal structure which can essentially be summarized as follows: one person – the trustee – holds and manages assets which belonged to the creator of the trust – the settlor – to the benefit of the beneficiaries of the trust. A protector may, if the settlor so wished, control the activity of the trustee. The following developments will be limited to irrevocable and discretionary trusts as other forms of trust would require complex specificities and exceptions to be analyzed. For memory, the trust is discretionary when the trustee distributes the revenues or assets of the trust at his discretion and irrevocable when the settlor no longer has the capacity to revoke the trust.

The trust is legal structure recognized in Switzerland although without domestic legal codification, which may lead to difficulties in the application of the law in various areas, which must be analyzed on a case-by-case basis.

This is the case notably when a trust holds real estate in Switzerland, as this raises the question of the application of the Federal Law on the Acquisition of Real Estate by persons abroad (LFAIE), the purpose of which is to restrict the acquisition of real estate by persons abroad.

¹ Un projet législatif est néanmoins actuellement à l'étude, dont l'objectif serait de créer une forme juridique similaire au trust anglo-saxon.

² A legislative project is currently being worked on, the objective of which would be to create a similar legal structure to the anglo-saxon trust.

Ainsi, en vertu de cette loi, l'acquisition d'immeubles par ou pour le compte de personnes à l'étranger – soit (i) des étrangers non domiciliés en Suisse, (ii) des sociétés étrangères ou (iii) des sociétés suisses détenues par des étrangers non domiciliés en Suisse ou par des sociétés étrangères – est soumise à autorisation, sous réserve de quelques exceptions. L'absence d'une telle autorisation entraîne la nullité de l'acte d'acquisition et peut même exposer les parties à des poursuites pénales.

Il est d'emblée évident, à la lecture de la définition des personnes à l'étranger, que le trust n'a pas été pris en compte par le législateur suisse lors de la rédaction de la LFAIE. Pourtant, il est tout aussi évident que cette loi s'applique aux trusts, qui doivent dès lors s'y conformer.

La question qui se pose plus particulièrement est celle de savoir à quelles conditions un trust irrévocable et discrétionnaire est considéré comme une personne à l'étranger, avec pour conséquence le fait qu'il ne puisse pas détenir d'immeuble en Suisse sans autorisation.

Or, à ce titre, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence permet de dégager les principes suivants :

- Lorsqu'un *trustee* est une personne à l'étranger au sens de la LFAIE, le trust est toujours considéré comme une personne à l'étranger soumise au régime d'autorisation de la LFAIE. Ce principe s'applique également en cas de pluralité de *trustees*, si l'un d'eux est considéré comme une personne à l'étranger ;
- C'est également le cas lorsque le *protector* est une personne à l'étranger au sens de la LFAIE et que celui-ci peut influencer le sort juridique des biens du trust, ce qui devra être analysé au cas par cas en fonction de ses pouvoirs effectifs. Ce principe s'applique également en cas de pluralité de *protectors*, si l'un d'eux est considéré comme une personne à l'étranger ;
- Enfin, un trust sera considéré comme une personne à l'étranger au sens de la LFAIE si l'un des bénéficiaires, lui-même personne à l'étranger au sens de la LFAIE, dispose de droits qui le place dans une position analogue à celle d'un propriétaire sur l'immeuble concerné. Tel est par exemple le cas si ce bénéficiaire dispose d'un droit d'occuper l'immeuble.

In accordance with this law, the acquisition of real estate by or for the account of persons abroad – being (i) foreigners not domiciled in Switzerland, (ii) foreign companies or (iii) Swiss companies owned by foreigners who are not domiciled in Switzerland or by foreign companies – is subject to authorization, except for some exceptions. The absence of such authorizations leads to the deed of purchase being void and may also lead to criminal charges being brought against the parties.

It is clear from the text of the definition of persons abroad that the trust was not taken into account by the Swiss legislator when the LFAIE was drafted. However, it is also clear that this law applies to trusts, which must hence comply with it.

The particular question is according to which conditions an irrevocable and discretionary trust is considered as a person abroad with the consequence that it may not hold real estate in Switzerland without authorization.

In this respect, the analysis of legal doctrine and case law leads to the following principles:

- Whenever a trustee is a person abroad in the sense of the LFAIE, the trust is always considered as a person abroad subject to the authorization regime of the LFAIE. This principle also applies in case plurality of trustees if one of them is considered as a person abroad;
- This is also the case whenever the protector is a person abroad in the sense of the LFAIE and whenever he can influence the use of the assets of the trust, which will have to be analyzed on a case by case basis according to his effective powers. This principle also applies in case there are several protectors if one of them is considered as a person abroad;
- Finally, a trust will be considered as a person abroad in the sense of the LFAIE if one of the beneficiaries, qualifying as a person abroad in the sense of the LFAIE, has rights which put him in an analogue position to that of the owner of the real estate. This is for example the case if the beneficiary has the right to occupy the real estate.

Chacune de ces personnes peut commettre, en cas d'infraction au régime d'autorisation de la LFAIE, une ou plusieurs infractions pénales.

Alors même que le *settlor* d'un trust irrévocable et discrétionnaire n'est personnellement pas assujéti à la LFAIE, l'apport d'un immeuble dans ce trust peut *de facto* créer un assujétissement à la LFAIE.

Par ailleurs, il convient de noter que la LFAIE ne s'applique pas uniquement au moment de la constitution du trust mais tout au long de la vie de ce dernier. Ainsi, la nomination d'un nouveau *trustee* ou la désignation de nouveaux bénéficiaires – alors même que tous les intervenants n'étaient pas, avant ce changement, assujétis à la LFAIE – peut entraîner un assujétissement soudain à la LFAIE, sans même qu'aucun changement n'intervienne au registre foncier.

Il y a ainsi fort à parier que nombre de trusts détenant des actifs immobiliers en Suisse sont assujétis à la LFAIE, sans même le réaliser.

Au vu des risques encourus tant par le *trustee* et le *protector* que par les bénéficiaires, il convient d'être particulièrement attentif à la LFAIE lors de la constitution et la gestion subséquente d'un trust détenant des biens immobiliers en Suisse. Pour les trusts existants, une analyse de leur conformité à cette loi, ainsi qu'aux diverses autres lois consacrant une limitation de la liberté économique, serait sans nulle doute opportune dans bon nombre de cas.

Septembre 2021

Each of these persons may, in case of a breach of the authorization regime of the LFAIE, commit one or several offenses.

Even though the settlor of an irrevocable and discretionary trust is not personally targeted by the LFAIE, bringing real estate into such a trust may *de facto* lead to the applicability of the LFAIE.

Moreover, it must be noted that the LFAIE applies not only at the moment of the creation of the trust but during all its lifetime. Hence, the appointment of a new trustee or the designation of new beneficiaries – even though such persons were not before the change subject to the LFAIE – may lead to the sudden applicability of the LFAIE even though no change had registered with the land register.

It is highly probable that a number of trusts holding real estate in Switzerland are subject to the LFAIE, even if they do not realize it.

In view of the risks encountered by the trustee and the protector as well as the beneficiaries, great care must be given to the LFAIE whenever a trust holding real estate in Switzerland is created and subsequently managed. For existing trusts, an analysis of their conformity to this legal act as well as to the various other acts limiting economic freedom may be opportune in a good number of cases.

September 2021

DGE Avocats

Rue Bartholoni 6
Case postale
1211 Genève 4
T +41 (0)22 761 66 66
F +41 (0)22 761 66 67

Avenue de la Gare
18CH-1180 Rolle
T +41 (0)21 826 06 36
F +41 (0)21 826 06 39

www.dgepartners.com

Pour toute question relative à cette Newsletter, prière de contacter:

Xavier Latour - Associé / Partner
Gregory von Niederhäusern - Collaborateur /

xavier.latour@dgepartners.com
gregory.vonniederhausern@dgepartners.com