

STRUCTURATION DE PATRIMOINE

Assurance-vie ou trust?

Les véhicules se multiplient, les juridictions se concurrencent, de nouveaux produits émergent, les anciens sont adaptés. Comment choisir parmi un assortiment toujours plus vaste de véhicules patrimoniaux pour structurer son patrimoine et sa succession? Étonnamment, certains produits sont très similaires alors qu'ils émanent de sources de droit diamétralement opposées. C'est le cas des polices d'assurance-vie et des trusts.

Dominique LECOCQ
lecocqassociates - avocats
Ilan KAPELUS
SwissIndependent Trustee SA

Au fil des années, les produits d'assurance-vie ont évolué notamment au Luxembourg et au Liechtenstein. Jusqu'au début des années 1990, les assurances-vie offraient principalement des produits mixtes basés sur le principe de la mutualisation d'un risque. Actuellement, les polices d'assurance-vie luxembourgeoises et liechtensteinoises n'ont d'assurance-vie que le nom. La composante décès a presque disparu. Il s'agit de véritables opérations de capitalisation offrant une architecture flexible.

Le paiement de la prime ne se fait plus uniquement en numéraire. Une police d'assurance-vie luxembourgeoise d'une valeur de 250 000 euros dont le preneur peut justifier d'une fortune mobilière de 2,5 millions d'euros ne connaît, en principe, aucune restriction d'investissement. Moyennant une juste valorisation, le preneur peut libérer le montant de la prime en transférant un patrimoine familial tel que des actions d'une start-up, des actions d'une société détenant un yacht, ou toute autre valeur mobilière sans liquidité immédiate. En principe, aucune règle de diversification ne s'applique sur les actifs sous-jacents, qu'il s'agisse d'obligations, d'actions, d'OPCVM, de fonds alternatifs ou d'autres actifs comme des comptes à vue ou des produits structurés.

D'importantes similitudes

Regardées de près, les principales caractéristiques de cette nouvelle génération de

polices d'assurance-vie sont très similaires à celles d'un trust. En règle générale, il n'y a pas de limitation quant aux biens et valeurs qui peuvent être transférés dans un trust. Aucun montant minimum n'est requis pour la constitution d'un trust, si ce n'est une juste pondération entre le bénéfice que l'on peut en tirer et les frais de constitution et de fonctionnement.

Tant le trust que la police d'assurance-vie nécessite une documentation de base. Pour le premier, le constituant signera un trust deed qui réglera la relation entre le constituant, le trustee, les bénéficiaires du trust. Le preneur d'assurance signera, quant à lui,

«Depuis la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, le principe selon lequel les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee a été scellé»

une police d'assurance qui désignera la personne assurée et les bénéficiaires. Le trust deed et la police désigneront le droit applicable respectivement au trust et à la police qui servira de base aux droits et obligations des parties.

A l'instar du constituant d'un trust, le preneur d'assurance perd la propriété des avoirs transférés dans le cadre de la police

d'assurance. L'assurance en devient propriétaire tandis que le preneur et, le cas échéant, les bénéficiaires de la police ne jouissent que d'une créance en exécution du contrat. La clause bénéficiaire de la police peut, en principe, être modifiée et la police rachetée. Le constituant se dépose également des biens transférés dans le trust. La désignation des bénéficiaires peut, là aussi, être modifiée selon les termes du trust deed et du droit applicable.

Des différences aussi

Mais qu'est-ce qui différencie ces deux institutions si le constituant d'un trust et le preneur d'assurance perdent tous deux la maîtrise des actifs transférés, s'ils peuvent constituer le trust ou libérer la prime par le transfert d'un patrimoine familial, s'ils peuvent désigner à leur guise les bénéficiaires (dans la limite des réserves successorales) et donner des orientations sur la gestion des fonds sous-jacents?

Tout d'abord, le rôle respectif de l'assureur et celui du trustee ne sont pas identiques. Leur devoir de fidélité diverge également. Le trustee agit à titre fiduciaire en faveur du constituant et/ou des bénéficiaires et ses obligations dépassent le simple devoir de bonne et fidèle exécution du trust deed. Il doit être proactif à plusieurs niveaux, tant en ce qui concerne la gestion des intérêts du constituant/bénéficiaire, la gestion des avoirs du trust que de la distribution aux bénéficiaires. Le trustee devrait revoir les termes du trust deed à intervalles réguliers. Il peut être amené à devoir agir si un changement notable apparaît dans la vie du constituant ou des bénéficiaires. Si le trustee ne s'implique pas un minimum dans la vie du constituant et des bénéficiaires, il ne pourra pas forcément être en mesure d'exécuter ses obligations de manière effi-

cace et prudente. A ce titre, il pourrait engager sa responsabilité.

L'assureur n'a, en principe, pas de devoir réglementaire de se soucier de l'évolution familiale du preneur si ce n'est de s'assurer que les réserves héréditaires ne soient pas violées. Hormis quelques exceptions, son devoir se limite en principe à la bonne et fidèle exécution du contrat d'assurance. Naturellement, l'assureur est à la disposition de ses clients s'ils ont des questions sur leur situation personnelle.

Le moment de la distribution des actifs sous-jacents varie également. Le dénouement d'une police d'assurance est lié à l'avènement d'un événement futur incertain (police en cas de vie ou en cas de mort). Avant cet événement, les bénéficiaires n'ont pas accès aux fonds déposés auprès de l'assureur. Le preneur d'assurance doit, quant à lui, procéder à des rachats de sa police s'il souhaite pouvoir jouir des montants investis dans la police. Ces rachats sont, le plus souvent, soumis au paiement d'une indemnité de rachat. La distribution aux bénéficiaires se fait, en règle générale, par la liquidation de la police à l'avènement du risque assuré. La police prend fin et les bénéficiaires ont une créance exigible à l'encontre de l'assureur à moins qu'une clause d'exclusion ne soit applicable.

La distribution des avoirs d'un trust se fait en fonction des souhaits émis par le constituant (letter of wishes) sans attendre la fin du trust. Les distributions peuvent avoir lieu pendant la durée du trust. Les distributions sont décidées par le trustee qui a un large pouvoir à ce propos, notamment dans le cadre d'un trust discrétionnaire. Le trustee s'appliquera à suivre les souhaits du constituant sans toutefois avoir l'obligation absolue de s'y conformer. Dans le cadre d'un trust discrétionnaire, les bénéficiaires n'ont pas de droit absolu à recevoir une distribution. Alors que la police se délie à la survenance du risque assuré, un trust peut être maintenu sur plusieurs générations.

En ce qui concerne la surveillance des différents acteurs, l'assureur a l'obligation de requérir un agrément du régulateur avant de commencer ses opérations. La surveillance s'exerce selon des critères stricts sur sa solvabilité et la gestion de ses risques, ce qui peut être un gage de sécurité non négligeable pour les preneurs. En cas de faillite, les actifs de la compagnie d'assurance sont, en règle générale, affectés en priorité à la

couverture des engagements d'assurance. Dans bien des juridictions, l'activité des trustees est réglementée. En Suisse, les trustees ne sont toutefois pas soumis à une surveillance étatique si ce n'est pour la lutte contre le blanchiment d'argent. Depuis la ratification de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, le principe selon lequel les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee a été scellé. La séparation du patrimoine personnel du trustee de celui du trust est assurée dans la procédure suisse d'exécution forcée.

Si les ressemblances sont manifestes, les différences demeurent importantes. Le choix final entre une police d'assurance-vie ou un trust dépendra, non seulement des éléments décrits dans cet article, mais également du traitement et des avantages fiscaux du véhicule dans les juridictions du constituant ou du preneur, mais également des bénéficiaires. L'un dans l'autre, il est important de s'entourer de conseillers consciencieux et d'appréhender correctement les options offertes avant de se lancer dans l'organisation de son patrimoine. ■

D.L. & I.K.

L'ART DANS B&F



Pierre-Louis De la Rive, Bocage avec un repos d'animaux, vers 1788, crayon de graphite et lavis de sépia (56,5 x 43 cm). © Ilmari Kalkkinen.