

Settlor's Reserved Powers Trust (Fiducie avec pouvoirs réservés au fiduciaire) à Singapour

Le terme Settlor's Reserved Powers Trust (Fiducie avec pouvoirs réservés au fiduciaire), bien que n'étant pas un terme légal, définit une fiducie dans laquelle un fiduciaire se réserve un ou plusieurs pouvoirs en ce qui concerne la fiducie ou le patrimoine de la fiducie lui permettant soit de donner des instructions directement aux mandataires fiduciaires, soit de limiter le pouvoir discrétionnaire leur étant octroyé en vertu de l'acte fiduciaire.

Dans le cadre d'une relation contractuelle fiduciaire, la propriété et la totalité du contrôle du patrimoine de la fiducie doivent être transmis, en vertu des termes du contrat, aux mandataires fiduciaires. Lors de la rédaction de l'acte fiduciaire, il s'agit de s'assurer que le fiduciaire ne s'attribue pas trop de pouvoirs, ce qui supposerait que les mandataires fiduciaires auraient, de fait, un contrôle insuffisant sur le patrimoine et ne pourrait ainsi assurer une relation fiduciaire valide.

Cependant, depuis de nombreuses années, il est d'usage pour les fiduciaires de s'octroyer certains pouvoirs en relation avec l'investissement du patrimoine fiduciaire, tout en sachant pertinemment que le fait d'outrepasser les limites pourrait avoir des conséquences fatales (la validité juridique de la fiducie au niveau du droit commun pourrait par exemple être remise en question ou, dans le pire des cas, la fiducie pourrait être déclarée comme étant une fiducie de façade). Le souhait de certains fiduciaires d'être impliqués de façon active dans les décisions d'investissement est une conséquence naturelle du fait que les investisseurs privés deviennent de plus en plus avertis et exigeants. Il est possible, par exemple, que les fiduciaires préfèrent investir dans des produits bancaires à risques plus élevés ou souhaitent placer une partie du patrimoine de façon à générer des rendements supérieurs. Ceci est en contradiction avec la nature conservatrice de la stratégie de placement des mandataires fiduciaires qui sont eux dans l'obligation d'investir le patrimoine de la fiducie avec prudence, de respecter une diversification adéquate et d'éviter la spéculation. Vis-à-vis des bénéficiaires, les mandataires fiduciaires seront juridiquement tenus responsables d'éventuelles pertes au niveau du patrimoine fiduciaire dans le cas où ils ne rempliraient pas leurs obligations.

Dans certains systèmes juridiques, et tout particulièrement en Asie, les fiduciaires peuvent être également réticents à transmettre à une tierce personne qu'ils connaissent à peine le contrôle total d'un patrimoine durement acquis.

En 2004, lors de la révision des lois sur les fiducies, Singapour a adopté une législation garantissant une sécurité juridique dans ce domaine habituellement considéré comme zone grise. L'article 90 § 5 du Trustees Act de 2004 (loi sur les mandataires fiduciaires) stipule qu'«aucune relation fiduciaire ou fiducie ne devra être considérée comme nulle pour la seule raison que la personne ayant constitué la relation fiduciaire ou la fiducie s'est réservé certaines ou la totalité des fonctions concernant les investissements ou la gestion du patrimoine dans le cadre de la relation fiduciaire ou de la fiducie». La législation permet ainsi au fiduciaire de déléguer ce pouvoir à un tiers de son vivant. Cependant, après le décès du fiduciaire, le patrimoine devra être administré professionnellement. Ceci a pour conséquence de permettre au fiduciaire de conserver de son vivant un certain contrôle sur la gestion du patrimoine fiduciaire. Le mandataire fiduciaire peut établir en faveur du fiduciaire une procuration qui permettra à ce dernier d'entrer directement en contact avec le banquier privé ou le gestionnaire d'actifs en qui il a le plus confiance concernant le patrimoine fiduciaire. Ainsi, un fiduciaire aura la possibilité de choisir d'adopter une stratégie de placement qui, selon les mandataires fiduciaires, ne sert pas les intérêts des bénéficiaires.

Même si le fiduciaire possède une procuration lui permettant d'investir le patrimoine de la fiducie, certains observateurs ont attiré l'attention sur le fait que le mandataire fiduciaire conserve malgré tout le devoir de diligence ou l'obligation de contrôler la façon dont le fiduciaire place le patrimoine fiduciaire. Ceci est notamment le cas si le fiduciaire n'a aucune expérience professionnelle préalable en matière d'investissements. Cependant, il existe très peu de cas de jurisprudence à Singapour à ce sujet et il est par conséquent difficile de définir si le mandataire fiduciaire est dans l'obligation d'intervenir ou s'il lui est possible de refuser d'accomplir une transaction décidée par le fiduciaire.

En résumé, un Settlor's Reserved Power Trust constituée à Singapour offrira au fiduciaire tous les avantages d'une fiducie régulière (comme la planification successorale, la protection du patrimoine, la confidentialité et la consolidation des biens patrimoniaux) tout en permettant au fiduciaire de continuer à participer activement aux décisions concernant l'investissement et la gestion du patrimoine fiduciaire.

Singapour sanctionnera le blanchiment de produits de l'évasion fiscale à partir du 1er juillet 2013

Singapour a clairement fait comprendre que tout sera mis en œuvre pour protéger son système financier contre l'évasion fiscale criminelle.

Le 6 septembre 2011 déjà, la Monetary Authority of Singapore (MAS) (Autorité monétaire de Singapour) faisait parvenir une communication à tous les instituts financiers de Singapour, les priant de demeurer vigilants face aux afflux de fonds suspects provenant de l'Étranger, et ceci avant les ententes passées entre les juridictions d'états tiers sur les questions fiscales en suspens. Un mois plus tard, le 27 octobre 2011, le directeur de la MAS faisait part, lors d'un discours, de son intention de sanctionner le blanchiment des fonds issus de graves infractions fiscales.

Suite à une modification des recommandations du Financial Action Task Force (FATF) (groupe d'action financière) en février 2012, Singapour rappelait son intention d'aligner entièrement son régime légal et de politique monétaire sur les nouvelles exigences du FATF, considérant entre autres les infractions fiscales comme blanchiment d'argent, passible d'une peine. Le 9 octobre 2012, l'autorité monétaire MAS publiait un document de consultation sur le classement des infractions fiscales comme délits préliminaires au blanchiment d'argent à Singapour.

L'autorité monétaire MAS propose d'y ajouter l'évasion fiscale (art. 96) et l'évasion fiscale frauduleuse grave (art. 96A) dans le sens de l'Income Tax Act (loi sur l'impôt sur le revenu), de même que l'évasion fiscale (art. 62) et les remboursements obtenus de façon malhonnête (art. 63) dans le sens de la Goods and Services Tax Act (loi sur l'impôt sur les biens et les prestations) comme délits préliminaires au blanchiment d'argent. En vertu de l'Income Tax Act, il y a délit d'évasion fiscale lorsqu'une personne trompe intentionnellement le fisc en procédant à des omissions ou des mentions fausses dans sa déclaration d'impôts, tandis

qu'il y a délit d'évasion fiscale frauduleuse grave lorsqu'une personne falsifie les livres de comptes et trompe intentionnellement le fisc en ayant recours à la fraude, l'artifice ou la manipulation.

Les instituts financiers de Singapour seront tenus de développer et mettre en place des directives, des contrôles et des procédures afin de détecter et dissuader de façon efficace le blanchiment de produits de l'évasion fiscale délibérée ou frauduleuse à travers le système financier. Ces mesures seront à prendre en supplément des processus déjà existants en matière d'acceptation des clients et de surveillance des processus de transaction en cours. Un système d'alerte spécifique au fisc à l'aide d'indicateurs dits «drapeaux rouges» devra être mis en place et un examen critique des clients existants devra être effectué afin d'évaluer la légitimité fiscale des fonds. Si des instituts financiers constatent une évasion fiscale ou s'ils ont de bonnes raisons de penser qu'ils se trouvent face à un tel cas, ils effectueront une déclaration de transaction suspecte.

Par le biais de ce nouveau classement, les pouvoirs attribués pour ouvrir une enquête ou poursuivre un délit de blanchiment d'argent seront valables de la même manière pour les produits des délits fiscaux mentionnés. A partir du 1er juillet 2013, des juridictions étrangères auront d'autre part la possibilité de déposer des demandes d'entraide judiciaire internationale afin de poursuivre les fraudeurs fiscaux agissant délibérément ou frauduleusement ainsi que leurs activités criminelles.

Toute prise de position sur le document de consultation devra être soumise à l'autorité monétaire MAS d'ici le 9 décembre 2012. Sur la base des expériences antérieures, il est à supposer que la proposition ne subira aucune modification majeure, que les lois seront amendées comme prévu et qu'elles entreront en vigueur le 1er juillet 2013.

Fiducies, divorces et contrats de mariage

First Advisory Group à Hong Kong s'est récemment penché sur la question de savoir si une fiducie est apte à protéger le patrimoine d'un fiduciaire en cas de divorce. Les recherches effectuées au sein de la jurisprudence du droit commun ont apporté des conclusions importantes résumées ci-dessous:

A) Patrimoine fiduciaire

Est-ce que le tribunal prend en compte le patrimoine fiduciaire pour déterminer la pension alimentaire dans le cadre d'une procédure de divorce? La question à poser est plutôt: La fiducie fait-elle partie intégrante d'un contrat de mariage?

Il s'agit d'une question de fait, pour laquelle il n'existe aucune définition claire et évidente. Un contrat sera considéré comme «matrimonial» s'il a été signé en vue d'un mariage ou après le mariage.

Que se passe-t-il s'il s'agit d'un contrat de mariage?

Si la fiducie est considérée comme partie intégrante du contrat de mariage, le tribunal sera autorisé à modifier les modalités de l'acte de fiducie, entre autre à ordonner une distribution du patrimoine fiduciaire à l'un des conjoints. Si la fiducie n'est pas considérée comme partie intégrante du contrat de mariage, le tribunal ne pourra ordonner ni un règlement financier du patrimoine fiduciaire, ni une intervention des mandataires fiduciaires d'une manière ou d'une autre.

Que se passe-t-il si la fiducie ne fait pas partie intégrante du contrat de mariage?

Dans ce cas, le patrimoine fiduciaire sera traité comme part entière du patrimoine matrimonial si l'un des conjoints demande aux mandataires fiduciaires de mettre ce patrimoine à disposition, partant du fait que ces derniers donneront probablement suite à la requête.

B) Patrimoine personnel (biens hors fiducie)

Une différence explicite doit être faite entre le traitement de la propriété matrimoniale et de la propriété non matrimoniale.

Propriété matrimoniale

La propriété matrimoniale est définie par la loi comme étant les «biens acquis durant le mariage, à l'exclusion des héritages et donations». Il s'agit du «résultat financier des acquisitions communes des parties». La propriété matrimoniale est généralement soumise au principe du partage équitable, indépendamment de la durée du mariage.

Propriété non matrimoniale

Ce type de propriété comprend des biens patrimoniaux issus d'affaires ou d'investissements réalisés par un seul des conjoints (appelés parfois «patrimoine unilatéral»).

Comment séparer l'un de l'autre?

Un facteur clef décisif entrant en jeu est la durée du mariage. La jurisprudence a statué que «l'importance de la provenance du patrimoine diminue avec le temps...L'interdépendance personnelle et financière de la famille augmente, il devient de plus en plus difficile de déterminer la provenance des différents biens patrimoniaux».

En cas de mariage de courte durée, le tribunal pourra être enclin à exclure de la propriété matrimoniale des biens acquis par l'une des parties avant le mariage ou pendant le mariage d'une source totalement étrangère. Mais en cas d'un long mariage, ces facteurs seront susceptibles d'avoir bien moins de poids.

C) Un contrat de mariage peut-il être utilisé pour définir / limiter les droits des parties? Le tribunal respectera-t-il les termes de ce contrat?

Un contrat de mariage est un contrat signé par deux personnes ayant l'intention de se marier. Le but de ce contrat est principalement de fixer avant le mariage les dispositions financières prises par les parties pour le cas où le mariage prendrait fin, que ce soit par le divorce ou le décès.

Il existe différents points de vue suivant le système juridique compétent.

Position britannique

Lors d'un divorce, les contrats de mariage sont considérés comme l'un des facteurs à prendre en compte et peuvent avoir un «poids décisif». Cependant, un contrat de mariage n'est pas automatiquement pris en compte. La Matrimonial Causes Act of England (loi britannique sur les affaires matrimoniales) laisse aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'étudier «la conduite des parties et toutes les circonstances de l'affaire». Les contrats de mariage peuvent être pertinents selon les circonstances.

Position de Hong Kong

Les décisions du tribunal en Angleterre ont une grande influence sur les tribunaux de Hong Kong mais ne sont juridiquement pas contraignantes. Il est très probable que les tribunaux de Hong Kong s'alignent sur des décisions adoptées par les tribunaux britanniques de par leurs liens historiques et les ressemblances toujours existantes entre les lois matrimoniales de Hong Kong et les lois britanniques.

Position américaine

Etant donné que le divorce et le remariage sont de plus en plus fréquents et au regard de la progression en matière d'égalité entre les sexes, la plupart des tribunaux américains considèrent de façon générale que les contrats de mariage sont pertinents s'ils remplissent certaines exigences formelles et sont valides en vertu des principes généraux du droit des contrats.

«CIES: Investissements faciles à Hong Kong»

Qu'est-ce qui rend Hong Kong aussi attrayante comme destination de placement?

Située au cœur géographique de l'Asie Orientale, Hong Kong se trouve au carrefour entre l'Est et l'Ouest, au sein de l'une des régions du monde les plus dynamiques économiquement. Hong Kong est une «Ville-État» d'une superficie de seulement 1 km², comptant près de 8,000,000 d'habitants.

Hong Kong est devenue un marché économique attrayant, non seulement de par la haute qualité de ses services mais aussi par ses avantages en tant que lieu de résidence. Hong Kong profite d'une stabilité juridique car elle fait partie de la Chine depuis 1997. Hong Kong applique la politique «Un pays – deux systèmes», ce qui lui permet de conserver son propre système juridique et des institutions séparées assurant un contrôle réciproque des organes constitutionnels appelé «checks and balances», héritage du système colonial britannique à Hong Kong. Elle offre un taux d'imposition sur le revenu peu élevé (15%), un système économique libéral et un bon système éducatif.

Dans les secteurs suivants, Hong Kong occupe des places impressionnantes au classement mondial:

- Indicateur de la Liberté Économique, place 1
- Compétitivité sur les marchés mondiaux, place 4
- Espérance de vie la plus élevée, place 2
- Taux d'inflation le plus faible, place 13
- Meilleure efficacité énergétique, place 1
- Plus gros marché boursier par valeurs négociées, place 5
- Plus grand aéroport cargo, place 2

Source: The Economist – Le monde en chiffres 2011-12

Qu'est-ce que le «Capital Investment Entrant Scheme» («CIES») ?

CIES est attribué à une initiative du gouvernement de la RAS de Hong Kong datant d'octobre 2003 et visant les objectifs ci-dessous:

- Permettre à des personnes qui souhaitent investir des capitaux de résider officiellement à Hong Kong;
- Permettre aux investisseurs de faire leur choix parmi les différents types de placements autorisés à Hong Kong, ceci sans avoir à fonder une société ou rejoindre une entreprise locale.

Comment fonctionne le CIES?

- Investissement de HK\$10 millions (US\$1,3 million) (sans charges initiales) sur un compte admissible basé à Hong Kong
- Le compte admissible CIES permet d'accéder à une multitude de fonds d'actions admissibles à Hong Kong

- Le compte peut être géré par un conseiller en placements agréé par la Hong Kong Securities and Futures Commission (commission des opérations sur titres et opérations à terme) ou une société de gestion d'actifs qui fournit des services de gestion discrétionnaires. En effet, les fonds et les gestionnaires sont régulièrement contrôlés, ce qui permet une reconversion si cela s'avère nécessaire. Dans la pratique, ces exigences administratives peuvent être remplies par l'agence de la banque privée de Hong Kong avec laquelle vous avez déjà pris contact pour affaires.

- Le conseiller en placements se chargera également de faire un rapport annuel sur le compte aux autorités de l'immigration de Hong Kong.

Qui peut faire la demande d'un compte CIES?

L'éventail de personnes et critères admissibles est large et comprend:

- Citoyens étrangers (excepté les ressortissants d'Afghanistan, d'Albanie, de Cuba et de la République Démocratique Populaire de Corée);
- Résidents de la RAS de Macao;
- R ressortissants chinois qui ont obtenu une autorisation de séjour illimitée dans un pays étranger;
- Apatrides qui ont obtenu une autorisation de séjour illimitée dans un pays étranger et qui, d'après les pièces produites, seront autorisés à retourner dans ce pays;
- Résidents de Taiwan;
- Toute personne qui souhaite investir au moins HK\$10,000,000 (nets) dans l'une des catégories de fonds admissibles, auxquelles appartiennent les placements financiers, les actions, les titres de créance, les certificats de dépôt, les dettes subordonnées & Fonds Communs de Placement (c'est-à-dire fonds de placement autorisés). Le seuil de HK\$10 000 000 sera révisé tous les trois ans. Les biens immobiliers ont été supprimés temporairement comme catégorie possible de placement de fonds.

En résumé, si l'on considère les nombreux critères de sélection et le processus de candidature simplifié, le CIES représente l'un des services de Family Office à valeur ajoutée que nous recommanderions à un client qui envisage de réorienter son portefeuille d'investissements vers l'Asie. Hong Kong n'a aucune restriction concernant la double nationalité. Il n'est donc pas surprenant de constater que par l'intermédiaire de ses programmes d'investissement tels le CIES, elle s'est faite un nom en Asie en tant que destination de placement et lieu de résidence, aussi bien auprès des entrepreneurs qu'auprès des particuliers dans le monde entier.