

Révision de l'Ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements (OEAR)

L'abrogation des précédentes exemptions OEAR aura un impact significatif sur les fondations d'utilité publique en Suisse

Version : février 2019 (version française mars 2019)

Auteurs : Dr. Andrea Opel, professeur de droit fiscal à l'Université de Lucerne et consultante auprès de Bär & Karrer, Zurich ; Hanna Surmatz, Legal Council du Centre européen des fondations, Bruxelles ; Lukas von Orelli, directeur de VELUX STIFTUNG et président de SwissFoundations ; Beate Eckhardt, directrice de SwissFoundations

Situation de départ

A la suite des recommandations formulées par le Forum mondial à l'occasion de son dernier Peer Review, la Suisse envisage de lever les exemptions figurant dans l'OEAR pour les fondations d'utilité publique (articles 6 et 11 de l'OEAR). Les fondations d'utilité publique peuvent donc désormais être soumises à une obligation de déclaration et leurs comptes ne peuvent plus être traités comme des comptes exclus.¹ La suppression de ces règles d'exemption aura de lourdes conséquences pour le secteur de l'utilité public.

La procédure de consultation pour le projet a été ouverte le 27 février 2019 et dure jusqu'au 12 juin 2019. Les modifications devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

Qualification des fondations d'utilité publique en tant qu'établissements financiers soumis à une obligation de déclaration

Si l'article 6 de l'OEAR est supprimé, les fondations d'utilité publique peuvent désormais être considérées comme des établissements financiers (EF) soumis à une obligation de déclaration au sens de la norme Common Reporting Standard (CRS) - notamment sous la forme d'une entreprise d'investissement (section VIII/A./6./b). Ceci est soumis aux deux conditions suivantes :

- **« income test »** : les revenus bruts de la fondation sont principalement imputables à une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'actifs financiers. Tel est notamment le cas si les revenus bruts de la fondation correspondant aux activités concernées représentent au moins 50 % de ses revenus bruts, soit (i) au cours de la période de trois ans se terminant le 31 décembre de l'année précédant l'année de détermination, soit (ii) au cours de la période d'existence de la fondation, la durée la plus courte étant retenue.
- **« managed-by test »** : La fondation est gérée par une autre entité qui est un établissement financier. Il est supposé que les actifs financiers sont gérés en tout ou partie par un EF sur la base de pouvoirs de décision discrétionnaires (Comm. CRS sur VIII, point 17/guide de l'OEAR, ch. 2.1.3). Il n'y a pas d'administration professionnelle lorsque les prestations sont exclusivement limitées à des conseils en placement non contraignants (Comm. CRS sur VIII, point 16).

¹ Pour les EF existants (en particulier les banques), cela aurait notamment pour effet de devoir assumer toutes les obligations de déclaration relatives aux comptes des fondations qui ne sont pas elles-mêmes des EF.

Les EF soumis à une obligation de déclaration sont épargnés par les obligations de déclaration effectives s’il n’y a pas de relations pertinentes pour l’OEAR avec des pays étrangers. L’éventuel contenu des obligations de déclaration est donc également significatif.

Contenu possible des obligations de déclaration

Il est prévu que les fondations remplissent les mêmes obligations de déclaration que les trusts (comme l’a déclaré le SFI et, en ce sens aussi, Comm. CRS sur VIII, points 69, 136).

La CRS spécifie que les entreprises d’investissement doivent déclarer les participations en fonds propres et titres de créance (VIII/C./1./a)), définissant en revanche pour les trusts ce que l’on entend par les participants en fonds propres (VIII/C./4), à savoir les fiduciaires (Settlor) ou des bénéficiaires de tout ou partie du trust et d’autres personnes physiques qui contrôlent le trust (voir aussi Comm. CRS sur VIII, point 69). Selon Comm. CRS (VIII, point 134), les fiduciaires (trustees) doivent également être déclarés, indépendamment du fait qu’ils contrôlent effectivement la fiducie (trust) ou non.

Le contenu des obligations de déclaration ressemblerait à ce qui suit (cf. Implementation Handbook, p. 111) :

Participant en fonds propres	Solde/valeur du compte	Paiements bruts
Fondateur	Valeur totale du patrimoine de la fondation	Paiements/crédits bruts en faveur du fondateur s’ils sont effectués au cours de la période de déclaration
Bénéficiaires titulaires de droits	Valeur totale du patrimoine de la fondation	Paiements/crédits bruts en faveur des bénéficiaires s’ils sont effectués au cours de la période de déclaration
Bénéficiaires à la discrétion de la fondation	-	Paiements/crédits bruts en faveur des bénéficiaires s’ils sont effectués au cours de la période de déclaration
Autre(s) personne(s) contrôlant réellement la fondation (membres du conseil de fondation)	Valeur totale du patrimoine de la fondation	Paiements/crédits bruts en faveur du fondateur s’ils sont effectués au cours de la période de déclaration
Bailleur de fonds tiers	Valeur nominale de la dette	Paiements/crédits s’ils sont effectués au cours de la période de déclaration

Non seulement les bénéficiaires, mais également le fondateur et les membres du conseil de fondation seraient soumis à l’obligation de déclaration.

Réponse aux questions

En ce qui concerne la préparation du message relatif au projet et les réponses aux questions de mise en œuvre pour les fondations concernées, le Secrétariat d’Etat aux affaires financières

internationales a demandé une prise de position à l'association professionnelle SwissFoundations. Nous sommes heureux de donner suite à cette demande:

Question n° 1 : Précisions relatives aux fondations concernées de manière générale et exemples concrets

Critère d'implication I : Fondations donatrices d'utilité publique

Avec plus de 13 000 fondations d'utilité publique et un patrimoine total d'environ 100 milliards de CHF, la Suisse occupe une position phare au niveau international. Par rapport à la population, il existe six fois plus de fondations d'utilité publique en Suisse qu'aux Etats-Unis ou en Allemagne.

Sur les 13 000 fondations, 6 600 sont connues sous le nom de « fondations donatrices ». Il s'agit de fondations financièrement indépendantes (notamment à l'égard des dons), car elles possèdent leur propre patrimoine et financent leurs activités de soutien avec leurs revenus (ou, dans le cas de fondations à capital consommable, avec le patrimoine lui-même). Même si des fondations donatrices disposent d'un petit patrimoine (le bilan total médian des 4 500 fondations d'utilité publique soumises à la surveillance d'une autorité fédérale s'élève à 221 619 CHF), elles sont désormais gérées ou créées dans la plupart des cas de manière professionnelle.

En 2018, SwissFoundations a publié pour la troisième fois un rapport benchmark sur le rendement et les coûts de la gestion de patrimoine des fondations donatrices d'utilité publique. 34 fondations donatrices représentant un patrimoine total de 9,5 milliards de CHF ont participé à l'enquête. L'allocation moyenne des actifs des fondations participantes est composée à 9 % de fonds liquides, à 27 % d'obligations, à 46 % d'actions, à 12 % de biens immobiliers et à 6 % d'investissements private equity, alternatifs et autres.

→ Sur la base de cette analyse, on peut supposer que les quelque **6 600 fondations donatrices** courent le risque d'être soumises à une obligation de déclaration, indépendamment du fait qu'elles disposent d'un petit ou d'un grand patrimoine.

Critère d'implication II: Relations internationales

Selon la base de données du Center for Philanthropy Studies (CEPS) de l'Université de Bâle, **2 079 fondations donatrices exercent leurs activités à l'échelle internationale** et risquent donc d'être soumises à une obligation de déclaration.

En outre, selon le CEPS, il y a **2 606 fondations donatrices qui comptent un ou plusieurs membres du conseil de fondation de nationalité étrangère**. Mais des enquêtes sur le nombre de ces membres du conseil de fondation ayant également leur domicile fiscal à l'étranger font encore défaut. En principe, toutefois, ces fondations courent également le risque d'être soumises à une obligation de déclaration, du moins si l'obligation de déclaration est étendue aux membres du conseil de fondation.

→ L'analyse montre qu'il est presque impossible d'estimer combien de fondations seraient effectivement touchées par la suppression des exemptions. Le préjudice affecterait non seulement les fondations individuelles, mais également l'ensemble du secteur suisse des fondations.

Question n° 2 : Informations sur les cas de figure pour lesquels la mise en œuvre de l'OEAR pourrait poser problème

- **Contrôle de l'« income test »** : Cette exigence est remplie si les revenus bruts de l'entité sont principalement imputables à une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'actifs financiers. La CRS ne dispose pas d'un seuil selon lequel, par exemple, seules les entités disposant d'un patrimoine spécifique peuvent remplir le critère de l'« income test ». Pour les fondations, ce critère signifie que, quelle que soit leur taille, elles doivent faire vérifier en permanence (c'est-à-dire chaque année) si les critères sont remplis ou non.

→ Sachant que 85 % des fondations suisses disposent d'un patrimoine inférieur à 5 millions de CHF, elles peuvent généralement générer un rendement maximal de 100 000 - 150 000 CHF par an. Avec les frais de comptabilité, de fiduciaire, d'audit, de contrôle, d'autres frais de reporting et de nouvelles dépenses pour répondre à l'obligation de déclaration, ces fondations courent le risque de devoir dépenser la moitié de leurs revenus en dehors de leur objectif réel. C'est un signal dramatique pour les fondateurs potentiels.

- **Contrôle du « managed-by test »** : Comme énoncé, une fondation est considérée comme étant gérée de manière professionnelle si les actifs financiers sont *entièrement ou partiellement* gérés par un EF de manière discrétionnaire. Cette description présente un flou qui peut entraîner des difficultés pratiques : ainsi, il semble douteux qu'une administration doive être considérée comme professionnelle si la gestion des actifs est formellement laissée au conseil de fondation, mais qu'elle appartient matériellement à un administrateur externe (dont les recommandations sont ensuite régulièrement/toujours mises en œuvre). En outre, la question se pose de savoir si le « managed-by test » est rempli même si une seule partie (subordonnée) du patrimoine de la fondation est gérée en externe. Selon le commentaire, une administration partiellement externe est suffisante, sans qu'il soit établi de seuil minimal. Cela *contredit la formulation de la CRS*, qui exige que l'entité elle-même soit gérée par une autre entité (VIII/A/6./b)).

→ Ni l'« income test » ni le « managed-by test » ne permettent de garantir que des petites fondations ou des micro-fondations ne soient pas considérées comme des EF. *Chaque* fondation devra se pencher sur la question de l'OEAR, du moins si elle n'est pas gérée exclusivement par les membres du conseil de fondation eux-mêmes.

- **Contenu des obligations de déclaration** : Si les obligations de déclaration sont aussi larges que prévu (voir ci-dessus), de nombreuses fondations ayant une activité purement nationale sont également incluses, notamment si le fondateur ou un membre du conseil de fondation est basé à l'étranger ou le deviendra. Cela implique une surveillance continue pour les fondations qualifiées d'EF. Ce point semble particulièrement discutable dans le contexte, notamment en absence d'une autorisation interne de déclaration du fondateur/des membres du conseil de fondation (voir ci-dessous).
- **Mise en œuvre des obligations de déclaration** : les fondations soumises à une obligation de déclaration seront régulièrement dans l'impossibilité de respecter elles-mêmes leurs obligations découlant de l'OEAR. Contrairement aux établissements financiers « classiques », il n'y a en règle générale justement pas de « savoir-faire » correspondant, notamment en ce qui concerne les clarifications parfois complexes en matière de résidence fiscale des bénéficiaires et/ou des membres du conseil de fondation.

→ A la différence des établissements financiers traditionnels, les fondations d'utilité publique sont régulièrement incapables de s'acquitter elles-mêmes des obligations de déclaration visées à l'OEAR.

Question n° 3 : Informations sur la situation et la mise en œuvre concrète de l'OEAR concernant les fondations basées à l'étranger/places financières concurrentielles

Les associations de fondations européennes² et EFC³ collaborent avec des experts nationaux pour élaborer un aperçu comparatif de la mise en œuvre concrète de la CRS concernant les fondations basées à l'étranger. A ce jour, les données de 10 pays ont été réceptionnées mais doivent encore être évaluées et spécifiées plus précisément. Un aperçu détaillé est attendu pour fin février/mi-mars au plus tôt. Un premier sondage a montré que la question sur les conditions dans lesquelles les fondations d'utilité publique étaient qualifiées d'EF recevait de multiples réponses. Cela est dû à une interprétation différente du critère « managed by ». Certains Etats considèrent que cette exigence, selon le libellé de la CRS, n'est remplie que si la *fondation elle-même* (et pas seulement son patrimoine) est gérée par un EF (ce qui n'est pas toujours le cas, voir ci-dessous). De plus, il est actuellement difficile de savoir dans quelle mesure l'applicabilité de la CRS au secteur d'utilité publique constitue (ou est perçue comme) un sujet de préoccupation.

Question n° 4 : Informations complémentaires, si disponibles et pertinentes

- **Incertitude fondamentale** : inclure dans l'OEAR des fondations d'utilité publique de droit suisse est inutile car elles ne représentent aucun risque de soustraction fiscale. Cela correspond apparemment aussi au point de vue du Conseil fédéral qui vient de créer les exemptions en question dans ce contexte. La pression de l'OCDE est probablement due à un manque de compréhension du concept local de la fondation d'utilité publique. La mise en œuvre de l'OEAR dans le secteur d'utilité publique entraînera une sortie de fonds difficile à quantifier, comme indiqué ci-dessus, sans aucune valeur ajoutée.
- **A l'encontre des principes de « Bonne gouvernance des fondations »** : le Swiss Foundation Code⁴, qui est reconnu dans le secteur des fondations au-delà de nos frontières, contient des recommandations détaillées sur la gestion du patrimoine de la fondation (pages 104 et suivantes). Il est écrit ce qui suit à la page 115 et suivantes :

« Généralement, la gestion de fortune est confiée par mandats à des gérants de fortune externes ou aux banques. Telle une séparation des pouvoirs, cette façon de faire permet un contrôle efficient, une comparabilité optimale et augmente la flexibilité en cas d'exécution imparfaite ou coûteuse. C'est seulement à *titre exceptionnel* et pour autant qu'elle dispose des compétences spécialisées nécessaires que la fondation peut gérer elle-même sa fortune. » (mise en relief ajoutée)

L'externalisation de la gestion de fortune est donc recommandée pour garantir l'expertise nécessaire et éviter les conflits d'intérêts (tel qu'indique le guide publié par SwissFoundations pour la gestion du patrimoine de fondation⁵). Cependant, dans la pratique, l'implication de fondations d'utilité publique dans l'OEAR aura pour conséquence

² <https://dafne-online.eu/>.

³ <https://www.efc.be/>.

⁴ Porte-parole/Egger/von Schnurbein, 3^e édition, Bâle 2015.

⁵ SwissFoundations, Des outils pratiques rédigés par des praticiens, Guide pour la gestion de fortune d'une fondation, Zurich 2016.

l'effet inverse, c'est-à-dire que les fondations seront tentées de reprendre elles-mêmes la gestion de fortune pour ne pas être qualifiées de « managed-by ».

- **Autre interprétation dans différents Etats européens** : Des vérifications avec différentes associations de fondations européennes ont montré que leurs autorités de régulation étatiques se basent strictement sur le texte de la CRS et non sur les explications formulées dans le commentaire. Selon la CRS, le terme « managed-by » ne désigne pas le patrimoine géré en externe, mais l'entité elle-même (« entity managed by another financial institution »). Cela soulagerait la grande majorité des fondations donatrices touchées par la suppression de l'exception. Hormis les fonds abrités créés auprès d'une fondation abritante, les fondations donatrices d'utilité publique en Suisse sont gérées par un conseil de fondation indépendant qui répond entièrement avec sa fortune privée.
- **Divergence avec la réglementation FATCA** : l'accord FATCA conclu avec les Etats-Unis - qui, dans une certaine mesure, a servi de modèle à l'OEAR - contient également une clause d'exemption pour les institutions d'utilité publique (voir annexe 2/II./B./point 1 de l'accord FATCA).
- **Obligations de déclaration discutables** : Les obligations de déclaration envisagées ne peuvent pas être justifiées. Les fondations d'utilité publique⁶ ne peuvent pas simplement être assimilées à des trusts. Dans une certaine mesure, elles reposent sur elles-mêmes - et en principe « pour toujours ». Le fondateur ne peut pas révoquer la fondation ou obtenir un remboursement des fonds pour lui-même. En outre, les membres du conseil de fondation ne sont pas des organes de formation de la volonté, mais des organes « serviteurs », qui mettent en œuvre le but de la fondation en toute confiance. Ils sont également pleinement responsables de leurs actes. Leur position n'est pas comparable à celle d'un trustee. Les membres du conseil de fondation ne deviennent notamment pas propriétaires du patrimoine de la fondation. En outre, les fondations d'utilité publique sont soumises à une surveillance publique. L'OCDE connaît ces caractéristiques de la fondation suisse d'utilité publique (voir le rapport de Peer Review, phase 2, p. 66 et suiv.). Il serait donc tout à fait faux de considérer le fondateur et les membres du conseil de fondation comme des « bénéficiaires des fonds propres ». Cela résulte également du formulaire S selon CDB (sous réserve du point 5) pour les membres du conseil de fondation.

⁶ Fondations de famille exceptées. Il convient toutefois de noter que les fondations de famille suisses, au sens de l'article 335 CC, ne peuvent pas non plus être possédées. Elles ne peuvent pas être révoquées par le fondateur et les bénéficiaires ou membres du conseil de fondation ne sont également pas autorisés à utiliser le patrimoine de la fondation ni les revenus à volonté. Contrairement aux fondations d'utilité publique, cependant, il n'y a pas de surveillance de la part de l'Etat.