

Commission des affaires juridiques du Conseil des États
 3003 Berne
rk.caj@parl.admin.ch

Genève/Zurich, le 12 février 2021

Prise de position de SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses : 14.470 Iv.Pa. Luginbühl. Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations

Monsieur le Président,
 Mesdames et Messieurs les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États,

D'ici peu, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États aura à se pencher, voire à se prononcer sur l'avant-projet de modification du droit des fondations élaboré dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative parlementaire 14.470 Iv.Pa. Luginbühl « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations ». Nous nous permettons à cette occasion de prendre encore une fois position sur ce texte.

Créée en 2001, SwissFoundations, association des fondations donatrices de Suisse, représente plus d'un tiers des fonds attribués par les fondations d'utilité publique en Suisse. Nos membres et partenaires associés investissent chaque année plus d'un milliard de francs suisses dans des projets et initiatives d'utilité publique, en Suisse et à l'étranger.

Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations (14.470)

L'initiative parlementaire déposée le 9 décembre 2014 par le conseiller aux États Werner Luginbühl entend, par différentes modifications législatives dans le domaine du droit fiscal et du droit des fondations, améliorer encore les conditions cadres déjà favorables qui s'appliquent aux fondations d'utilité publique et renforcer ainsi l'impact du secteur des fondations. Elle vise aussi à rendre plus accessibles les données concernant le secteur des organisations à but non lucratif en Suisse.

Chronologie

- En novembre 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) a accepté l'initiative par 7 voix contre 1 et 3 abstentions.
- Le 3 novembre 2016, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a traité l'initiative et l'a rejetée par 13 voix contre 6.
- La CAJ-E a traité l'initiative le 15 août 2017 pour la deuxième fois et y a de nouveau donné suite par 10 voix contre 2 et 1 abstention.
- Le 12 septembre 2017, le Conseil des États a transmis l'initiative à son tour en s'appuyant sur la recommandation de la CAJ-E.
- Le 20 octobre 2017, la CAJ-N a donné suite à l'initiative.
- Le 28 octobre 2019 et le 21 novembre 2019, la CAJ-E a examiné et adopté l'avant-projet et le rapport explicatif.
- La procédure de consultation a été ouverte le 28 novembre, avec pour date limite le 13 mars 2020.
- Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation No. 14.470 Iv.Pa. Luginbühl, Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations a été publié le 6 août 2020.
- Le 3 septembre 2020, la CAJ-E a décidé de ne conserver que deux des huit mesures proposées, au motif, comme l'indique un communiqué de presse, que « la plupart des propositions ont été très controversées » dans la consultation.

Remarque préliminaire

Les conditions-cadres libérales que ménage la législation suisse sont responsables de l'essor du secteur des fondations en Suisse. Avec plus de 13 000 fondations d'utilité publique et une fortune de 100 milliards de francs suisses provenant de dons librement consentis, il y a en Suisse six fois plus de fondations d'utilité publique par habitant qu'aux États-Unis ou en Allemagne.

En tant que porte-parole des fondations donatrices de Suisse, SwissFoundations s'engage en faveur de la protection de la liberté des fondateurs et de la modernisation des conditions faites aux fondations en Suisse. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que la voie législative soit toujours la plus utile. Plus que jamais, l'action philanthropique exige de la flexibilité. Dans un monde en constante mutation, SwissFoundations milite donc avant tout en faveur d'une mise en œuvre souple et pragmatique. Pour autant, une réglementation juridique contribue à rendre les conditions-cadre plus propices à l'action philanthropique et peut, dans certains cas, décider de l'attractivité d'un site.

La présente prise de position se limite expressément aux deux mesures suivantes sur les huit préconisées au départ dans l'avant-projet : « la réglementation de la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations (ch. 2 de l'lv.Pa. Luginbühl) » et « le versement d'honoraires aux membres des organes de direction stratégique des organisations d'utilité publique (ch.8 de l'lv.Pa. Luginbühl) ». À notre surprise, ces mesures, qui figuraient dans l'avant-projet d'octobre 2019, ne figureront plus dans le projet. Après consultation de notre Legal Council composé de six experts renommés en droit fiscal et droit des fondations (Harold Grüninger, Prof. Dominique Jakob, Benoît Merkt, Thomas Sprecher, Prof Andrea Opel, Prof Parisima Vez), nous aimerions faire valoir, dans notre prise de position, que la consultation a mis en évidence dans ces deux domaines un besoin évident de réglementation, et des adaptations simples suffiraient pour y répondre.

Chacun de ces deux points revêt une importance considérable pour rendre la Suisse attractive pour les fondations. SwissFoundations demande que ces deux mesures soient réintégrées dans le projet et qu'il soit donné suite à celui-ci.

Les mesures 2 et 8 qui figuraient dans l'avant-projet d'octobre 2019

La mesure 2 préconisée dans l'lv.Pa. Luginbühl:

Une réglementation plus claire de la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations, prévoyant de donner qualité à agir aux personnes ayant un intérêt légitime à contrôler l'activité des organes d'une fondation.

Avant-projet, art. 84 al. 3 AP-CC

L'art. 84 al. 3 AP-CC régleme pour la première fois la plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations. Toute personne ayant « un intérêt légitime à contrôler » la qualité pour agir à l'encontre d'actes ou d'omissions des organes de la fondation.

Nécessité d'une réglementation

L'autorité de surveillance des fondations a pour mission de protéger les fondations et de contrôler l'action de leurs organes. Toute personne peut la soutenir dans l'accomplissement de sa mission et dénoncer des agissements qui lui paraissent violer la loi. Si toutefois le plaignant souhaite être partie à la procédure, obtenir une décision et bénéficier du droit de recours, il peut déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations. Selon la jurisprudence actuelle, la légitimation à porter plainte est cependant déterminée en premier lieu par l'existence d'avantages ou d'intérêts personnels et reconnue aux potentiels destinataires de la fondation, alors que, par exemple, les membres du conseil de fondation en sont exclus. La jurisprudence ne cesse par ailleurs d'ériger des obstacles supplémentaires et empêche ainsi un contrôle efficace de l'activité des fondations.

Réglementation appropriée et nécessaire

L'avant-projet réglementait la saisie de l'autorité de surveillance des fondations de façon appropriée. L'intérêt légitime à contrôler peut donner qualité pour recourir non seulement aux destinataires, mais par exemple aussi à des membres, ou anciens membres, d'organes de la fondation, au fondateur, aux proches du fondateur, à des contributeurs ultérieurs ainsi qu'à d'autres ayant-droit.

Respect du résultat favorable de la consultation

La consultation fait apparaître que 14 organisations, 2 partis et 14 cantons (AI, AR, BE, BL, GE, GL, GR, JU, NE, SG, SH, SZ, TI, ZH), saluent une réglementation juridique de la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations, avec, pour certains, des propositions de modification ou de précision. Huit cantons (FR, LU, NW, OW, SZ, VD, VS, ZG) font seulement des remarques ponctuelles à propos du libellé et TG s'abstient. Le rapport établit un bilan réducteur du résultat de la consultation en ignorant les prises de position en faveur *du principe même* d'une réglementation juridique de la plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations.

Seuls deux cantons (AG, SO) et un parti considèrent qu'une réglementation n'est pas nécessaire.

Voilà qui démontre la nécessité incontestable et le large soutien qui s'est exprimé en faveur d'une réglementation juridique. L'aspect décisif est qu'une vaste majorité des prises de positions y est favorable.

Des précisions sont souhaitables

Les prises de position montrent par ailleurs que le principal aspect controversé ou contesté par la plupart des cantons, qu'ils soient favorables ou opposés à une réglementation, est la définition concrète de la légitimation pour déposer une plainte (AI, BE, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, NE, SG, SO, SZ, TI, VD, UR, ZG). Dans le souci d'écartier la possibilité d'une plainte populaire, plusieurs souhaiteraient que le libellé proposé de « l'intérêt légitime à contrôler » soit précisé par une définition légale, une énumération ou autre. Bien que le critère énoncé exclue de fait l'action populaire, SwissFoundations considère qu'il serait utile de préciser par des exemples le cercle de personnes légitimées à saisir l'autorité de surveillance des fondations. Cet élément aurait pu sans mal être abordé et réglé dans le processus législatif.

Par ailleurs, SwissFoundations considère important de préciser que la plainte à l'autorité de surveillance des fondations constitue une voie de droit *sui generis* qui n'est pas soumise aux règles de recevabilité d'un recours de droit administratif. Comme il ne s'agit pas de protéger les membres mais de protéger la fondation, contrairement au droit des associations, il n'est pas nécessaire de contester une résolution préalable du conseil de fondation. De plus, comme une plainte en matière de surveillance d'une fondation ne peut pas être fondée sur un intérêt juridique personnel, elle ne peut pas être saisie et n'est pas soumise à un délai.

Proposition

SwissFoundations propose donc de modifier l'art. 84 al. 3 AP-CC comme suit (cf. la réponse à la consultation rédigée par le Prof. Dominique Jakob du Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich) :

«³ Toute personne ayant un intérêt légitime à contrôler que la *direction et* la gestion de la fondation sont conformes à la loi et à l'acte de fondation peut déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations concernant des actes et des omissions des organes de la fondation. *En tant que voie de droit sui generis, la plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations peut être déposée en tout temps, à condition qu'il existe un intérêt légitime à contrôler.*»

La mesure 8 préconisée dans l'lv.Pa. Luginbühl :

Ni refus ni retrait de l'exonération fiscale pour les organisations d'utilité publique qui versent des honoraires appropriés aux membres de leurs organes de direction stratégique ; cette pratique est conforme au Code civil et doit donc également être possible au regard du droit fiscal.

Avant-projet, art. 56 al. 2 AP-LIDF, art. 23 al 2 LHID

L'exonération fiscale des personnes morales au sens de l'art. 56 al. 1 let. g et h, et de l'art. 23 al. 1 let. f et g ne s'oppose pas à une rémunération de leurs organes conforme au marché.

Nécessité d'une réglementation

En 2013, dans sa réponse à l'interpellation du conseiller aux États Luc Recordon (12.4063), le Conseil fédéral constatait à juste titre, en s'appuyant sur le Swiss Foundation Code, que « *sur la base du droit actuel, les autorités de surveillance ne peuvent pas interdire ou prescrire une rémunération adéquate des membres du conseil ; selon les circonstances, un professionnalisme rémunéré est préférable à un amateurisme bénévole. La rémunération doit cependant favoriser la réalisation du but de la fondation, notamment en renforçant le professionnalisme de sa gestion.* » Pourtant, à l'heure actuelle, la pratique quant à la reconnaissance du principe de la rémunération des membres d'un conseil de fondation est parfois très restrictive, et le tableau d'ensemble est dangereusement disparate. Le professionnalisme et la sécurité juridique sont pour beaucoup dans la garantie de conditions-cadres libérales et dans l'attractivité de la Suisse pour les fondations. C'est pourquoi SwissFoundations s'inscrit résolument en faveur d'une rémunération appropriée des membres des conseils de fondation et d'une pratique harmonisée des autorités à cet égard.

Une professionnalisation souhaitable

Le professionnalisme des fondations présuppose la compétence des membres des conseils de fondation. L'expertise professionnelle au sein des fondations leur permet d'accomplir efficacement leur but. Cela est d'autant plus vrai que les exigences professionnelles en matière de gestion des mandats n'ont cessé d'augmenter, et que la tâche est devenue beaucoup plus exigeante et complexe. Les fondations sont ainsi confrontées à l'augmentation de la densité réglementaire, à l'attente d'un plus fort impact, et à des exigences croissantes en matière de gouvernance, de transparence et de compliance.

Reconnaissance du principe de l'indemnisation

Rien dans le droit civil n'interdit l'indemnisation des membres des conseils de fondation. Le fondateur est en principe libre de régler la question de leur rémunération dans les textes statutaires. La loi n'entretient pas davantage le dogme d'un bénévolat des organes de direction stratégique qui conditionnerait l'exonération fiscale. Le concours bénévole des membres d'un conseil d'administration est certes un geste noble et appréciable. Cependant il n'est pas question de faire du bénévolat une condition générale. C'est la fondation qui doit être d'utilité publique, et non son conseil d'administration, qui s'investit avec professionnalisme en faveur du but d'utilité publique et qui en endosse la responsabilité. La rémunération du conseil d'administration est toujours appropriée au sens qu'elle honore une activité professionnelle d'utilité publique. À l'inverse, cela peut même aller à l'encontre du but visé de faire des économies à mauvais escient au prétexte de les réserver à un meilleur usage futur. Selon la formule de Riemer, un membre de conseil de fondation travaillant avec professionnalisme et « payé cher » peut revenir « bon marché » à la fondation, alors qu'un membre de conseil de fondation « bon marché » qui ne fait pas un travail professionnel peut finir par lui coûter cher.

Permettre la compétence

Les fondations ont un intérêt justifié à ce que leur organe de direction suprême soit composé de personnalités compétentes qui travaillent avec professionnalisme. Le recrutement des membres ne doit pas se limiter aux personnes disposées à travailler bénévolement et qui peuvent se le permettre, tout en étant prêtes à payer de leur personne en endossant la responsabilité pour la fondation. On ne voit pas pourquoi le directeur, l'organe de révision, le comptable et toutes les autres personnes travaillant pour la fondation pourraient être rémunérées de façon appropriée, mais non l'organe suprême qui endosse la responsabilité au premier chef. Un système de rémunération fiable simplifierait considérablement le recrutement des membres des conseils de fondation et des comités d'association dotés de l'expertise professionnelle nécessaire, tout en influençant positivement la structure d'âge et l'équilibre des sexes au sein des organes directeurs.

Avec l'indemnisation du conseil de fondation, on éviterait par ailleurs des situations où un directeur rémunéré fait le travail qui incombe en réalité au conseil de fondation en tant qu'organe suprême, à savoir déterminer la stratégie de la fondation et prendre les choses en main. Les conseils de fondation ne

doivent pas jouer un rôle purement décoratif. Certes, il arrive qu'une organisation dotée d'une direction forte, sachant s'imposer, et d'un conseil de fondation faible, fonctionne bien, mais ce n'est pas ainsi que nous concevons la fondation et le rôle de son organe suprême.

Instaurer une sécurité juridique

Selon la pratique en vigueur, certains cantons admettent d'ores et déjà, et à juste titre, des indemnités raisonnables et font preuve de flexibilité en appréciant la situation au cas par cas. En l'absence de règles uniformes, il en résulte toutefois une insécurité juridique et une inégalité de traitement. Tout traitement arbitraire et toute discrimination sont à éviter.

Le rapport de synthèse des résultats de la consultation exprime lui aussi clairement la nécessité d'une harmonisation. 20 organisations, 5 partis et 8 cantons (AG, AI, GL, JU, LU, SG, TG, TI) saluent le projet (tout en proposant des compléments ou en émettant des réserves). AG, BE, GE, GR et ZH indiquent qu'ils pratiquent d'ores et déjà une approche pragmatique en admettant, exceptionnellement ou sous certaines conditions, une indemnité appropriée/modérée/raisonnable. BL, BS, NW, OW, SG, SO, TG, VD et ZG, qui font également état de leur pratique à ce jour, renvoient à la « pratique, établie dans toute la Suisse », consistant à indemniser les frais effectifs encourus (dépenses en espèces, frais de transport) ainsi que les frais engagés pour des activités extraordinaires. Ce sont ainsi au moins 19 cantons qui saluent la réglementation et qui admettent dans la pratique une indemnité ou qui considèrent qu'il existe « une pratique, établie dans toute la Suisse, en matière d'indemnité ». Dans leur pratique effective, la plupart des cantons reconnaissent donc l'enjeu d'une indemnité appropriée. Les résultats de la consultation soulignent en même temps l'importance des différences et la disparité des pratiques actuelles, ce qui est source de fortes discriminations et d'une inégalité de traitement qui compromettent la sécurité juridique.

C'est pourquoi il est urgent d'harmoniser cette pratique à l'échelon national en introduisant une réglementation favorisant la sécurité juridique, ou du moins en adaptant la circulaire n° 12 de 1994.

Une rémunération appropriée

Ce qui prêtait à controverse dans la consultation, tant chez les promoteurs que chez les adversaires d'une réglementation, est le montant de l'indemnité. Les deux camps proposent de parler d'une rémunération non pas « conforme au marché », mais « modérée » ou « appropriée ».

Le droit civil exclut d'ores et déjà une rémunération excessive, qui aurait pour conséquence de détourner de leur objectif les ressources de la fondation. La rémunération doit être objectivement justifiée. Il convient de s'assurer que la notion d'indemnité soit définie de telle sorte que les rémunérations versées aux membres des conseils de fondation soient toujours appropriées/modérées/raisonnables et non excessives. Le but ultime doit toujours être l'accomplissement du but de la fondation, jamais la rémunération.

Le critère du « caractère approprié » nous paraît être la bonne approche. Il ménage la marge d'interprétation nécessaire pour une pratique adaptée à chaque cas particulier, tout en servant la cause de la sécurité juridique et de l'harmonisation entre cantons et autorités.

Garantir la transparence

Conformément au nouvel art. 84b CC, l'organe suprême de la fondation doit chaque année communiquer séparément à l'autorité de surveillance le montant global des indemnités, au sens de l'art. 734a al. 2 CO, qui lui ont été versées directement ou indirectement ainsi qu'à l'éventuelle direction.

En vue d'une exonération fiscale, les conditions de rémunération doivent par ailleurs être clairement définies au cas par cas et être transparentes. À cet effet, un règlement des rémunérations doit être joint à la demande d'exonération de l'impôt.

Exercer un contrôle

Le droit privé interdit déjà aux fondations de dériver vers un système où chacun se sert à sa guise. C'est donc en premier lieu aux autorités de surveillance qu'il incombe de vérifier si les rémunérations sont appropriées. Dans cette optique, les autorités fiscales pourraient se limiter à contrôler les abus. De cette manière, le but de la rémunération, à savoir améliorer la réalisation des objectifs des fondations caritatives en augmentant le professionnalisme, semble être assuré de manière optimale.

Conclusion

Réglementation de la plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations

Il incombe à l'autorité de surveillance des fondations de protéger la fondation et de contrôler l'action de ses organes. Il est généralement admis que le droit de recours, par la voie de la plainte à l'autorité de surveillance, vient compléter la protection de la fondation et permet au tribunal de contrôler efficacement son travail. La procédure de consultation fait apparaître un large consensus sur le principe d'une réglementation juridique. Sur la base des critiques constructives portant sur les conditions de la qualité pour recourir, il ne doit pas être difficile de trouver un consensus, en ajoutant au critère de l'« intérêt légitime à contrôler » une énumération exemplative des personnes légitimées à saisir l'autorité de surveillance.

La rémunération des membres des conseils de fondation

Compte tenu des attentes croissantes quant au professionnalisme des membres des conseils de fondation d'utilité publique, il doit être possible de les rémunérer de façon appropriée afin que le but de la fondation soit accompli de façon efficace. Il est urgent d'harmoniser une pratique actuellement disparate. Ce but peut être atteint soit par une clarification au niveau de la loi, soit par l'adaptation de la circulaire n° 12 de 1994. Il n'est pas acceptable que de nombreuses administrations fiscales continuent d'avoir des pratiques disparates et en partie discriminatoires sans aucune justification objective.

Pour ce qui est des deux mesures maintenues dans le projet réduit, « Optimisation des droits du fondateur par un élargissement de la clause de modification dans l'acte de fondation, pour permettre des modifications portant sur l'organisation » et « Simplification des modifications de l'acte de fondation par des procédures non bureaucratiques, sans acte notarial, et par une réglementation ouverte applicable aux modifications mineures de l'acte de fondations », nous renvoyons à notre prise de position du 5 février 2020 formulée dans le cadre de la procédure de consultation.

Nous vous remercions de prendre en compte notre prise de position et nos préoccupations et nous vous souhaitons une discussion et une prise de décision utiles et constructives.

Avec nos meilleures salutations,



Dr. Lukas von Orelli
Président de SwissFoundations



Julia Jakob
SwissFoundations

Références bibliographiques :

Jakob Dominique/Trajkova Renata, Stiftungsrechtsrevision: Die Vernehmlassungsergebnisse der Kantone – eine Auswertung, dans: Guggi Katharina/Jakob Julia/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (éds.), Der Schweizer Stiftungsreport 2021, Bâle 2021 (à paraître en mai 2021)

Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter du 20.4.2020 (réimpression dans Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen (npoR) 5/2020, 239 ss).

Grüniger Harold, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide, successio 2/2020, 134 ss.

Opel Andrea, Ehrenamtlichkeit als Voraussetzung der Steuerbefreiung – ein alter Zopf ?, Steuer Revue 74/2019, 84 s.

Riemer Hans-Michael, Berner Kommentar, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80-89c ZGB, 2^e éd., Berne 2020, 347, 485.

Riemer Hans Michael, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB), Berne 2012, Art. 83 ZGB N 16.

Riemer Hans-Michael/Riemer-Kafka Gabriela /Bloch-Riemer Ruth, Die Entschädigung des Stiftungsrats im Privat-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, dans : Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (éds.), Festschrift für Thomas Koller, Brücken bauen, Berne 2018.