

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

Genève/Zurich, le 5 mars 2020

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 Conseiller aux Etats,
Chers membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats,

Nous sommes heureux de formuler un avis dans le cadre de la procédure de consultation de l'initiative parlementaire 14.470 introduite par le conseiller aux Etats Werner Luginbühl, ayant pour objet de « renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations ».

Créée en 2001, SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses, représente plus d'un tiers du volume des fonds attribués par les fondations d'utilité publique en Suisse. Nos membres et partenaires associés investissent plus d'un milliard de francs suisses par an 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 Etats Werner Luginbühl

— entend, par différentes modifications législatives dans le domaine du droit fiscal et du droit des fondations, renforcer encore les conditions-cadres déjà satisfaisantes, applicables aux fondations d'utilité publique, et renforcer ainsi l'attractivité du secteur des fondations. Elle vise également à améliorer les données disponibles concernant le secteur des organisations à but non-lucratif et exonérées d'impôts en Suisse.

Chronologie

- En novembre 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a accepté l'initiative avec 7 voix pour, 1 voix contre, et 3 abstentions.
- Le 3 novembre 2016, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a traité l'initiative sans y donner suite, avec 13 voix pour et 6 voix contre.
- La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a traité l'initiative le 15 août 2017 pour la deuxième fois et y a donné à nouveau suite avec 10 voix pour, 2 voix contre, et 1 abstention.
- Le 12 septembre 2017, le Conseil des Etats a, lui aussi, renvoyé l'initiative, en s'appuyant sur la recommandation de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats.
- Le 20 octobre 2017, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite à cette initiative.
- Le 28 octobre 2019 et le 21 novembre 2019, la Commission des affaires juridiques du conseil des Etats a examiné et adopté l'avant-projet ainsi que le rapport explicatif.
- La procédure de consultation est ouverte depuis le 28 novembre 2019 jusqu'au 13 mars 2020.

Remarque préliminaire

Les conditions-cadres libérales de la législation suisse ont permis le développement positif du secteur des fondations. Avec plus de 13 000 fondations d'utilité publique et une fortune de 100 milliards de francs suisse provenant de dons librement consentis, il y a six fois plus de fondations d'utilité publique par habitant en Suisse qu'aux Etats-Unis ou en Allemagne.

En tant que porte-parole des fondations donatrices suisses, SwissFoundations s'engage pour la pérennisation et la modernisation de la liberté des fondateurs et de l'implantation des fondations. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que la voie législative soit la plus appropriée pour cela. L'engagement philanthropique exige, aujourd'hui plus que jamais, de la flexibilité. Dans un monde en constante mutation, SwissFoundations s'engage donc avant tout pour une mise en œuvre souple et pragmatique de la pratique.

La présente prise de position se concentre sur les huit mesures figurant dans l'avant-projet de l'initiative parlementaire 14.470. Notre prise de position a été réalisée en collaboration avec nos Legal Councils regroupant six experts renommés en droit des fondations et droit fiscal (Dr Harold Grüninger, Prof. Dr Dominique Jakob, Dr Benoît Merkt, Dr Thomas Sprecher, Prof. Dr Andrea Opel, Prof. Dr Parisima Vez), et en tenant compte de la contribution à la consultation élaborée par le Professeur Dr Dominique Jakob du Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich (www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch).

Les huit mesures de l'avant-projet

1. Une publication régulière, par l'Office fédéral de la statistique (OFS), de données concernant les organisations exonérées d'impôts en raison de leur utilité publique;

Avant-projet, art. 6 al. 2 let. a ch. 3 et ch. 6-9, et let. b, art. 11 al. 1bis AP-LIDE, art. 110a et 207c AP-LIFD, art. 39b et 78h AP-LHID

L'avant-projet prévoit que, en plus de la date de l'exonération fiscale, des informations sur le but et le champ d'activité seront, entre autres, transmises par les autorités fiscales à l'Office fédéral de la statistique une fois par an et inscrites dans le registre UID. La liste des organisations exonérées de l'impôt en vertu de l'art. 56 al. 1 let. g LIFD sera publiée une fois par an.

Contexte

Les données statistiques disponibles ont déjà été grandement améliorées avec la publication annuelle, depuis 2010, du Rapport sur les fondations en Suisse, et avec le lancement récent du site www.stiftungsstatistik.ch (en allemand). Mais cela ne doit pas nous faire oublier qu'il manque encore une vue d'ensemble complète des organisations à but non-lucratif et exonérées d'impôts, et que des données factuelles importantes, notamment des informations sur le champ d'activité des fondations d'utilité publique, sont toujours insuffisantes. Un registre contribuerait donc à accroître la transparence dans le secteur, comme le demande notamment le Groupe d'action financière (GAFI). Etant donné que les autorités de surveillance des fondations au niveau cantonal et fédéral disposent déjà de ces données, l'objectif est de mettre en commun les données existantes et de les rendre accessibles au public intéressé.

Remarque

En tout état de cause, il convient d'éviter une charge additionnelle pour les fondations donatrices suisses en prévoyant une obligation de déclaration supplémentaire. Contrairement aux associations, les fondations d'utilité publique doivent déjà être inscrites au registre du commerce et faire un rapport annuel à l'autorité de surveillance et, à intervalles irréguliers, aux autorités fiscales

cantoniales. Il ne serait pas raisonnable d'ajouter d'autres rapports et ceux-ci ne fourniraient pas de nouvelles informations. En ce qui concerne les informations sur le champ d'activité des organisations, cela représente un atout uniquement si ces informations sont basées sur une classification scientifiquement fondée, comparable au niveau international et uniforme au niveau national. En outre, nous tenons à souligner que du point de vue de SwissFoundations, le troisième caractère clé du registre UID, qui s'intitule "statut de l'inscription au registre du commerce, dates de l'inscription et de la radiation" (art. 6 al. 2 let. a ch. 3 AP-LIDE), devrait viser toutes les organisations et non pas uniquement celles déjà inscrites au registre du commerce. Le statut devrait donc également mentionner "pas d'inscription au registre du commerce". En outre, le septième caractère clé "informations relatives à l'activité économique"(art. 6 al. 2 let. a ch. 7 AP-LIDE) devrait refléter les informations sur le « but et champ d'activité » (art. 110a al. 1 let. f AP-LIFD, art. 39b let. f AP-LHID).

→ SwissFoundations soutient cette mesure.

2. 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 harmonise pour la première fois la plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations. Toute personne ayant un « intérêt légitime à contrôler » dispose de la qualité pour agir à l'encontre des actes et omissions des organes de la fondation.

Contexte

L'autorité de surveillance des fondations a pour mission de protéger les fondations et de contrôler les activités des organes de la fondation. Toute personne peut soutenir l'autorité de surveillance dans sa mission et déposer une plainte si elle pense avoir identifié des violations de la loi. Selon la jurisprudence, si le plaignant souhaite obtenir le statut de participant à la procédure et bénéficier du droit de recourir, il lui faudra démontrer l'existence d'un intérêt personnel et légitime. Un tel intérêt est reconnu en premier lieu aux potentiels bénéficiaires de la fondation plutôt qu'aux membres du conseil de fondation, ce qui crée une situation désavantageuse. La jurisprudence érige constamment de nouveaux obstacles et empêche ainsi un contrôle efficace de l'activité des fondations.

Remarque

L'avant-projet harmonise de manière appropriée la voie de la plainte à l'autorité de surveillance des fondations. Un intérêt légitime à contrôler peut être reconnu non seulement aux bénéficiaires mais également aux membres ou anciens membres d'organes de fondation, aux fondateurs, aux proches du fondateur, aux contributeurs ainsi qu'à d'autres ayant droit. Bien que le critère de « l'intérêt légitime à contrôler » limite la qualité pour recourir, de sorte qu'une action populaire est exclue, il serait utile, de mentionner à titre d'exemple un groupe de personnes habilitées à former recours.

De plus, il serait important de préciser que la plainte à l'autorité de surveillance des fondations est une voie de droit sui generis. Contrairement au droit des associations, elle n'exige pas de décision préalable du conseil de fondation ni d'autres étapes précédentes. Etant donné qu'il ne s'agit pas de protéger les membres d'une association, mais bien de protéger la fondation elle-même, la plainte à l'autorité de surveillance des fondations ne peut être frappée de prescription et n'est soumise à aucun délai.

SwissFoundations propose de modifier l'art. 84 al. 3 AP-CC comme suit (cf la contribution à la consultation élaborée par le Professeur Dr 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 de l'existence d'un intérêt légitime à contrôler.*»

➔ **SwissFoundations soutient cet avant-projet avec les ajouts mentionnés ci-dessus.**

3. Une 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;

Avant-projet, art. 86a al. 1, al. 3 1^{ère} phrase, al. 4 et 5 AP-CC.

L'avant-projet prévoit la possibilité pour le fondateur de se réserver le droit non seulement de modifier le but de la fondation mais également son organisation.

Contexte

Avec la dernière révision du droit des fondations, datant de 2006, le législateur accorde pour la première fois au fondateur la possibilité de modifier le but de la fondation. Cela permet au fondateur d'exercer une influence considérable sur la structure de la fondation, en plus de l'importante marge de manœuvre dont il dispose lors de sa création. Toutefois, l'article de loi en question est controversé en pratique. Du point de vue de SwissFoundations, il serait plus judicieux d'évaluer les droits des fondateurs au cas par cas en utilisant une pratique moderne et flexible, et en procédant à une mise en balance des intérêts.

Remarque

SwissFoundations est d'avis qu'il n'existe pas à l'heure actuelle d'urgence d'intervenir sur le plan législatif pour introduire la possibilité de se réserver le droit d'une modification organisationnelle de la fondation, mais considère néanmoins l'avant-projet comme étant utile. Toutefois, il est important d'éviter d'exclure de cette révision les fondations qui étaient déjà établies au moment de l'entrée en vigueur du régime. Il est donc essentiel d'introduire un régime transitoire pour les anciennes fondations dont le fondateur est toujours en vie ou existe en tant que personne morale. Ce régime transitoire pourrait être accompagné d'une période de 5 ans, par exemple.

Un nouvel art. 86a al. 6 CC est proposé (cf la contribution à la consultation élaborée par le Professeur Dr Dominique Jakob du Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich).

«⁶*Pour les fondations anciennes, le fondateur peut demander l'introduction d'une réserve conformément à l'art. 86a CC. Les délais courent à partir de la décision de modification rendue par l'autorité.*»

➔ **SwissFoundations soutient cet avant-projet avec les ajouts mentionnés ci-dessus.**

4. Une 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 fondation;

Avant-projet, art. 86b, art. 86c AP-CC

Après avoir entendu l'organe suprême de la fondation, l'autorité de surveillance peut apporter des modifications accessoires à l'acte de fondation, à condition que ces modifications soient justifiées par des motifs objectifs et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers. La nouvelle formulation n'exige plus que les modifications de l'acte de fondation soient commandées par des motifs objectivement justifiés. La décision sur les modifications est prise par l'autorité fédérale ou cantonale compétente ou par l'autorité de surveillance. Un acte authentique n'est pas nécessaire.

Contexte

Dans de nombreux cantons, les autorités de surveillance ont d'ores et déjà la possibilité d'apporter des modifications accessoires à l'acte de fondation sans passer par un acte authentique. Il convient de renforcer cette approche flexible dans toute la Suisse afin d'éviter le formalisme excessif.

Remarque

La nouvelle disposition vise à faciliter les modifications accessoires de l'acte de fondation, comme c'est déjà le cas dans certains cantons, et à assurer une uniformité sur le plan fédéral. Toutefois, il convient de préciser que les décisions de modification prévues par les articles 85 ss CC relèvent d'une compétence liée et ne sont pas soumises à la libre appréciation des autorités. L'autorité de surveillance n'exerce qu'une surveillance juridique. Si aucune erreur de droit n'est apparente, il existe alors un droit à une décision de modification.

C'est pourquoi, une modification de l'art. 86c AP-CC est proposée comme suit (cf la contribution à la consultation élaborée par le Professeur Dr Dominique Jakob du Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich).

¹ *L'autorité fédérale ou cantonale compétente ou l'autorité de surveillance rend une décision sur les modifications de l'acte de fondation demandées conformément aux art. 85 à 86b.*

² *« Si les conditions sont remplies, il existe un droit à la modification des statuts ; l'art. 84 al. 2, 2e phrase s'applique en conséquence. »*

³ *Un acte authentique n'est pas nécessaire.*

⁴ *« Les organes de la Fondation édictent et modifient les règlements d'application des statuts de manière indépendante dans le cadre des dispositions statutaires. Les règlements et leurs modifications doivent être portés à la connaissance de l'autorité de surveillance par le biais d'une déclaration. »*

➔ SwissFoundations soutient cet avant-projet avec les ajouts mentionnés ci-dessus.

5. Une limitation de responsabilité pour les membres bénévoles d'organes de fondation par l'exclusion de responsabilité en cas de négligence légère (sous réserve d'une réglementation statutaire contraire);

Avant-projet, art. 55 al. 4 AP-CC

En cas de négligence légère, la responsabilité des membres d'organes d'une personne morale est exclue, à condition que la personne morale ne poursuive pas de but lucratif, que les statuts de la personne morale ne prévoient pas de responsabilité en cas de négligence légère et que les membres de l'organe concerné ne soient pas rémunérés.

Contexte

A l'heure d'une professionnalisation des organisations d'utilité publique, une limitation de responsabilité enverrait des signaux inappropriés, sans pour autant augmenter l'attractivité du secteur des fondations.

Remarque

Ce régime ne doit pas être soutenu. Une telle disposition ne serait pas compatible avec notre objectif d'améliorer la qualité de la gestion des fondations. Il est particulièrement délicat de lier l'exonération de responsabilité au travail bénévole et d'autoriser différents régimes de responsabilité dans un même conseil de fondation. En outre, les indemnités versées aux conseils de fondation sont généralement nettement inférieures à la valeur du marché, ce qui entraîne d'autres déséquilibres. La possibilité de prévoir explicitement un régime de responsabilité dans les statuts semble également dissuasif pour les membres potentiels des conseils de fondation et peu judicieux. Du point de vue de SwissFoundations, il serait préférable de résoudre le problème de la responsabilité par le biais de la Business Judgment Rule.

➔ **SwissFoundations ne soutient pas cet avant-projet.**

6. L'institution d'un régime de faveur pour les libéralités consenties par des héritiers au débit de la succession, en accordant à ceux-ci une augmentation unique de la déduction fiscale pour les dons l'année du décès ou l'année suivante, ou encore l'année du partage successoral;

Avant-projet, art. 33a al. 2 AP-LIFD, Art. 9 al. 2 let. i 2^{ème} phrase AP-LHID

La limite supérieure de la déduction des dons à une personne morale sans but lucratif et exonérée d'impôt en vertu de l'article 56 let. g est majorée une seule fois du montant des dons reçus par le contribuable dans le cadre d'une succession, d'un legs ou d'une donation.

Contexte

Pour la première fois en Europe, une étude publiée en 2019 par SwissFoundations et PwC Suisse a examiné la question de savoir si les fondations d'utilité publique sont économiquement viables pour la société¹. Les résultats démontrent que les fondations sont une bonne affaire pour la société et atteignent le seuil de rentabilité en l'espace d'un mois à un an et demi au maximum. À partir de ce moment, les bénéfices que la société tire des dons des fondations dépassent largement les pertes fiscales subies par la société du fait de la création d'une fondation d'utilité publique.

¹ SwissFoundations, PwC, Les fondations – Une bonne affaire pour la société. Une analyse empirique des coûts et bénéfices économiques des fondations donatrices d'utilité publique en Suisse, Juillet 2019, <https://www.swissfoundations.ch/fr/actualites/etudefiscale/>.

Remarque

En plus de l'assouplissement de la réserve légale prévue par le nouveau droit des successions, l'augmentation de la déduction des dons peut, selon SwissFoundations, avoir un effet positif sur le secteur des fondations d'utilité publique et sur la société.

➔ **SwissFoundations soutient l'avant-projet, variante 1.**

7. La possibilité de reporter un don sur des périodes fiscales ultérieures si la limite maximale de la déduction pour les dons est dépassée;

Avant-projet, art. 33a al. 3 AP-LIFD, art. 9 Abs. 2 let. i 3^{ème} phrase, al. 2^{bis} AP-LHID; art 59 al. 3 AP-LIFD, at. 25 al. 1^{er} AP-LHID

L'avant-projet prévoit dans la variante 1, le report des dons sur les deux périodes fiscales suivantes, chaque fois qu'un don est reporté pour une durée indéfinie.

Contexte

Cette mesure s'inspire du droit fiscal allemand qui connaît depuis plusieurs années déjà le report de don. Comme indiqué ci-dessus, les bénéficiaires que la société tire des dons des fondations dépassent les pertes fiscales qu'elle subit du fait de la création d'une fondation d'utilité publique après seulement un court laps de temps (cf. l'étude publiée par SwissFoundations et PwC Suisse en 2019, note de bas de page 1).

Remarque

L'alignement avec les conditions-cadres fiscales applicables en Allemagne se traduirait par une amélioration de la réputation du secteur des fondations en Suisse. Selon SwissFoundations, le report des dons contribue à augmenter la flexibilité de la déduction des dons et peut même encourager des donations plus élevées aux fondations d'utilité publique, ce qui profite au secteur et à la société. Nous soutenons la variante 1 qui est plus flexible, et rejetons l'autre.

➔ **SwissFoundations soutient l'avant-projet, variante 1.**

8. 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-LIFD, art. 23 al. 2 AP-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.

Contexte

En 2013, dans sa réponse à l'interpellation du conseiller aux Etats Luc Recordon (12.4063), le Conseil fédéral constate à juste titre, en s'appuyant sur le Swiss Foundation Code, ce qui suit: « en application du droit en vigueur, les autorités de surveillance ne peuvent ni interdire ni imposer une rémunération équitable des membres d'un conseil de fondation. Selon les circonstances, il conviendra de préférer un professionnalisme rémunéré à un amateurisme bénévole. Le versement d'une rémunération doit toutefois systématiquement servir la réalisation de l'objet de la fondation en favorisant une administration de plus en plus professionnelle ». SwissFoundations est résolument

en faveur d'une rémunération appropriée des membres du conseil de fondation et d'une pratique harmonisée des autorités dans ce sens. A l'heure actuelle, de nombreuses administrations fiscales et autorités de surveillance, à l'échelle des cantons, acceptent déjà une rémunération appropriée pour les membres de conseils de fondation. Cependant, cette pratique varie beaucoup entre les différents cantons. Dans ce contexte, il est particulièrement important d'harmoniser cette pratique dans toute la Suisse en adaptant la circulaire n° 12 de 1994. Nous considérons la promulgation de la nouvelle loi comme étant l'ultima ratio.

Remarque

Cette clarification légale est nécessaire car de nombreuses autorités fiscales continuent à poursuivre une pratique contraire sans aucune justification objective. Toutefois, nous tenons à souligner que la notion "conforme au marché" peut être équivoque. Lors de l'interprétation de cette notion et pour déterminer le montant de l'indemnisation, il faut tenir compte du fait qu'il s'agit de personnes morales ne poursuivant pas de but lucratif et que l'indemnisation doit être alors appropriée.

→ **SwissFoundations soutient pleinement l'avant-projet.**

Nous vous remercions de prendre en compte notre prise de position et nos préoccupations et vous souhaitons une discussion et une prise de décision pragmatique et constructive.



Lukas von Orelli
Président de SwissFoundations



Beate Eckhardt
Directrice de SwissFoundations