

Monsieur
Robert Cramer
Président de la Commission des affaires
juridiques du Conseil des Etats
Bundesgasse 3
3003 Berne

ehra@bj.admin.ch

Paudex, le 30 janvier 2020
SHR/mis

Consultation fédérale – Avant-projet de loi fédérale relative au renforcement de l’attractivité de la Suisse pour les fondations

Monsieur le Président,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

I. Contexte

Le 9 décembre 2014, le conseiller aux Etats Werner Luginbühl a déposé une initiative parlementaire 14.470 « Renforcer l’attractivité de la Suisse pour les fondations ». Celle-ci charge le Parlement de « *procéder aux modifications législatives qui s’imposent pour améliorer les conditions-cadres applicables en Suisse au secteur des institutions d’utilité publique et des fondations et assurer ainsi un fonctionnement libéral et efficace de ce secteur* ». Huit mesures sont proposées qui visent à une plus grande transparence dans la branche, une meilleure efficacité de l’activité des fondations et l’optimisation des dispositions du droit des fondations et du droit fiscal.

En novembre 2015, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) a décidé de donner suite à l’initiative parlementaire Luginbühl, suivie finalement par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) en octobre 2017. La CAJ-E a ainsi pu entamer ses travaux d’élaboration d’un projet en collaboration avec l’administration et un groupe d’experts. L’avant-projet proposé par la CAJ-E, aujourd’hui en consultation, reprend ainsi les huit mesures figurant dans l’initiative, considérant qu’elles répondent à des besoins réels et qu’elles sont modérées et praticables.

II. Appréciation générale et remarques particulières

A titre préliminaire, nous relevons que le droit suisse et les conditions-cadres en Suisse concernant les fondations sont conçus de manière libérale, ce qui a permis le développement de ce secteur, qui compte quelque 13 000 fondations et 76 000 associations d’utilité publique (données statistiques du Center for Philantropy Studies de l’Université de Bâle). Il nous semble que cette liberté doit perdurer pour continuer de garantir la liberté des fondateurs, et les interventions législatives devraient donc se limiter au strict nécessaire, pour privilégier des solutions pragmatiques.

Les nouvelles dispositions de l’avant-projet de la CAJ-E visent à renforcer l’attractivité de la Suisse comme domicile de fondations et corrigent certaines difficultés, liées notamment aux

problèmes de gouvernance que peuvent rencontrer les fondations d'utilité publique. Ces objectifs généraux vont dans le bon sens. Nous partageons aussi l'avis de la Commission qui estime que la mise en œuvre de ces améliorations ne nécessite pas une révision totale du droit des fondations, garantissant ainsi le maintien de bases légales qui ont fait leur preuve.

Si nous soutenons une amélioration des dispositions du droit des fondations et du droit fiscal et pouvons partager les objectifs de ce projet – d'ailleurs soutenu par les milieux concernés –, certaines mesures ne rencontrent toutefois pas totalement notre adhésion. Nous vous faisons ainsi part de nos remarques et réserves ci-dessous :

- *Publication régulière de données concernant les organisations exonérées d'impôts en raison de leur utilité publique et dispositions fiscales*

L'avant-projet de la CAJ-E introduit un registre national des organisations d'utilité publique exonérées de l'impôt afin de garantir la transparence de la branche et des statuts. Ce registre serait tenu par l'Office fédéral de la statistique (OFS).

Nous ne partageons pas l'avis de la CAJ-E et sommes opposés à la création d'un registre national des organisations exonérées de l'impôt en raison de leur utilité publique. A l'heure actuelle, il existe déjà une série de listes publiques ou privées (registre du commerce, registre des autorités de surveillance, listes des autorités fiscales, registres des fondations) qui permettent aux donateurs de vérifier facilement si une organisation est effectivement exonérée de l'impôt. En particulier, les autorités fiscales cantonales tiennent des listes des institutions auxquelles des libéralités déductibles sur le plan fiscal peuvent être versées. Un nouveau registre national est dès lors superflu. L'argument selon lequel un tel registre réduirait les possibilités pour une organisation d'attirer les donateurs en diffusant de fausses informations sur son statut fiscal ne nous paraît pas non plus pertinent, de tels comportements n'étant à notre avis que rares. Quelques recherches dans les registres de données existant permettent aux donateurs de déceler ces fondations peu scrupuleuses. Quant à la nécessité d'un tel registre pour donner aux milieux politiques, aux scientifiques et à la population une vue d'ensemble des organisations, nous sommes d'avis qu'elle n'est pas avérée et que de telles listes sont déjà à disposition, comme par exemple la banque de données des fondations d'utilité publique proposée par le Center of Philanthropy Studies de l'Université de Bâle.

Ainsi, dans un domaine en constante mutation comme celui de l'engagement philanthropique, le maintien d'une certaine souplesse et une mise en œuvre pragmatique suffisent, et un registre national des fondations d'utilité publique n'est pas nécessaire.

Il découle aussi de ce qui précède que les modifications de la loi fédérale sur le numéro d'identification des entreprises ne sont pas non plus nécessaires, dès lors qu'elles visent à permettre la création d'un registre national que nous rejetons. Il en est de même des dispositions fiscales de la LIFD et de la LHID qui prévoient que les autorités fiscales cantonales transmettent au moins une fois par année à l'OFS, en vue de l'établissement d'une liste pour l'ensemble de la Suisse, certaines informations sur les personnes morales qui sont exonérées de l'impôt en raison de leurs buts de service public ou d'utilité publique.

- *Légitimation pour déposer plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations*

Le droit des fondations prévoit de nombreuses voies de droit permettant d'assurer la protection juridique et la bonne gouvernance des fondations, la plainte à l'autorité de surveillance étant la principale. Ainsi, en application de l'art. 84 al. 2 CC, l'autorité de surveillance veille à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur

destination. A l'heure actuelle, selon la jurisprudence, seuls les bénéficiaires potentiels peuvent déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations pour faire contrôler les activités de la fondation lorsque des manquements sont soupçonnés ou constatés.

Cette approche focalisée sur les bénéficiaires potentiels est trop restrictive. Elle ne tient pas suffisamment compte du but de la plainte qui est de protéger la volonté du fondateur et de garantir que l'administration de la fondation respecte les statuts et la loi. Nous sommes donc favorables à la mesure proposée qui donnerait le droit de déposer une plainte à toute personne ayant un « intérêt légitime à contrôler ». Cela correspond mieux aux exigences actuelles et permettra aux différents acteurs de la fondation, et notamment aux membres du conseil de fondation, de mieux pouvoir contrôler les activités de la fondation, à l'instar des créanciers ou du fondateur lui-même.

- *Optimisation des droits du fondateur par l'extension de son droit de modification aux modifications portant sur l'organisation*

La Commission entend donner plus de flexibilité aux fondations et renforcer les droits du fondateur en rendant la modification de l'organisation plus simple qu'elle ne l'est aujourd'hui.

Nous relevons que le droit des fondations, révisé en 2006, permet d'ores et déjà au fondateur de modifier le but de la fondation. Ce dernier dispose en outre d'une large marge de manœuvre au moment de la création de la fondation pour décider de l'organisation de cette dernière. Certes, l'article qui permet ces modifications est controversé en pratique, mais, à l'instar de SwissFoundations, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'intervenir sur le plan législatif. Il nous paraît beaucoup plus opportun d'agir en amont, en veillant à ce que la fondation et son organisation soient bien définies en laissant une certaine latitude permettant cas échéant des adaptations au fil du temps. Lorsque des problèmes apparaissent, c'est souvent parce que des règles très rigides ont été fixées dans les statuts ; les exigences pour modifier les statuts relatifs par exemple au but ou à l'organisation de la fondation sont en effet assez sévères. Les statuts étant difficilement modifiables, il est dès lors conseillé en pratique de fixer des règles d'organisation minimales dans les statuts et de développer les détails dans un règlement, ce qui donne une plus grande latitude à la fondation. Par ailleurs, dans la procédure de modification des statuts devant les autorités de surveillance des fondations, une pondération différente et plus souple des intérêts permettrait une pratique plus flexible en matière d'autorisations.

- *Simplification des modifications de l'acte de fondation*

Il semble que de nombreux cantons connaissant déjà la faculté d'apporter des modifications mineures à l'acte de fondation sans passer par un acte notarial. Dès lors, il ne nous paraît pas nécessaire d'agir par voie législative, la pratique libérale des autorités pouvant être renforcée.

- *Limitation de la responsabilité des membres bénévoles d'organes de fondation*

Selon les estimations et le rapport, ce sont quelque 70 000 mandats de conseils de fondation qui sont actuellement assumés par 62 000 personnes au sein de diverses fondations. La Commission constate aussi que le nombre de personnes disposées à assumer les fonctions de membres de conseils de fondation à titre bénévole est en diminution. Elle propose, afin de faciliter le recrutement, de limiter la responsabilité personnelle des membres bénévoles d'organes de personnes morales.

En application des règles sur les fondations, le conseil de fondation engage sa responsabilité dans son ensemble et il ne nous paraît pas approprié de créer une différence entre les membres rémunérés (qui d'ailleurs reçoivent une rémunération très faible ne couvrant en principe que les frais) et ceux qui sont membres à titre bénévole.

Le système de limitation de la responsabilité tel que proposé dans l'avant-projet aurait pour effet négatif de désolidariser le conseil de fondation, voire de désintéresser ses membres bénévoles sur certains thèmes traités (par exemple financiers) moins intéressants ou plus complexes que la stratégie par exemple, mais qui sont toutefois cruciaux pour la fondation. Un tel système ne pourrait avoir qu'un effet contreproductif sur la gestion de la fondation et les activités de son conseil, voire entraîner des dysfonctionnements. Nous y sommes donc opposés.

A notre sens, la mesure qui pourrait être prise pour pallier cette problématique de la responsabilité des membres bénévoles serait d'encourager les fondations à s'assurer pour ce genre de risques. D'ailleurs, bon nombre de fondations ont déjà une assurance responsabilité civile couvrant les actes des organes de la fondation et l'on ne saurait trop conseiller à ceux qui n'ont en pas d'en conclure une, en application des principes de bonne gouvernance. Cela dit, cette mesure doit toutefois rester une possibilité et non une obligation inscrite dans la loi.

- *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*

L'auteur de l'initiative parlementaire recommande de ne pas refuser ni retirer l'exonération fiscale aux organisations d'utilité publique qui versent des honoraires appropriés aux membres de leurs organes de direction stratégique.

En 2013, le Conseil fédéral s'était en outre déjà prononcé sur ces questions dans sa réponse à l'interpellation du conseiller aux Etats Luc Recordon (12.4063). S'appuyant sur le Swiss Foundation Code, il constatait alors qu'« en application du droit en vigueur, les autorités de surveillance ne peuvent ni interdire ni imposer une rémunération équitable des membres de 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 ».

Du point de vue de la gouvernance des fondations, il nous paraît essentiel que ces dernières puissent rémunérer de manière appropriée les membres du conseil de fondation. Les organisations d'utilité publique sont en effet confrontées à la limite du bénévolat et au défi de trouver des personnes qui sont à la fois disposées à assumer un mandat et compétentes pour le faire. Les fondations sont par ailleurs de plus en plus souvent confrontées à des enjeux complexes, qui impliquent que leurs tâches doivent être effectuées à un niveau professionnel. Il en découle que les exigences pour les membres de conseil de fondation tendent à s'élever, ces derniers devant avoir des connaissances toujours plus grandes sur des aspects administratifs, juridiques et fiscaux notamment. Outre la disponibilité des personnes susceptibles d'assumer un tel mandat, force est de constater qu'il est difficile de recruter des personnes aptes à répondre à ces exigences sans leur offrir une compensation financière. En fin de compte, l'incompétence des membres ou le dilettantisme bénévole pourrait coûter davantage que l'indemnisation appropriée d'un petit nombre de membres compétents des organes. Nous sommes ainsi d'avis que la professionnalisation souhaitée et nécessaire du secteur des fondations et des organisations d'utilité publique passe par la rémunération appropriée des organes. Il incombera ensuite à chaque fondation, dans le

cadre de son pouvoir d'appréciation, de décider ou non de rémunérer les membres de son conseil de fondation.

A l'heure actuelle, de nombreux cantons (autorités fiscales et autorités de surveillance) acceptent déjà une rémunération appropriée pour les membres de conseils de fondation. La pratique n'est toutefois pas totalement harmonisée. Il en découle qu'une intervention législative est nécessaire et que nous soutenons donc la modification de la LIFD afin d'éviter que l'exonération fiscale puisse être refusée à une personne morale qui poursuit des buts de service public, d'utilité publique ou culturels au motif qu'elle rémunère (de manière appropriée) les membres des organes pour leur travail.

III. Conclusions

Au vu de ce qui précède et de l'importance des fondations et associations d'utilité publique en Suisse, nous partageons les objectifs de l'avant-projet qui sont de renforcer l'attractivité de la Suisse pour ce secteur et d'agir par des améliorations ciblées des conditions cadres. Nous ne soutenons toutefois pas l'entier des huit mesures telles que proposées dans l'avant-projet, certaines n'étant pas nécessaires (par exemple le registre national des fondations d'utilité publique), voire contreproductives. En particulier, nous sommes opposés à la limitation de la responsabilité des membres bénévoles, mesure qui va à l'encontre des principes de bonne gouvernance.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre parfaite considération.

Centre Patronal



Sandrine Hanhardt Redondo