

Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales
Mme Ramona Fedrizzi
vernehmlassungen@sif.admin.ch

Zurich, le 11 Juin 2019

Procédure de consultation : Modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale

Prise de position de SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses

(Traduction de la version originale allemande téléchargeable [ici](#))

Madame,

Nous avons le plaisir de vous faire part de notre position sur le projet de modification de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale et vous remercions de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer sur cette question de politique des fondations.

Veillez noter que nous déposons cette prise de position au nom des 162 membres de SwissFoundations¹. Pour des raisons de ressources de votre part et de la nôtre, nous nous sommes abstenus d'inviter nos membres à faire des prises de position individuelles. Dans cette optique, nous vous serions reconnaissants de bien vouloir prendre notre opinion en considération non pas comme une voix unique, mais comme une consultation collective. Nous avons par ailleurs pris la liberté d'insérer un court passage ci-dessous sur la portée de notre association.

Position de départ

Sur la base des recommandations formulées par le Forum mondial à l'occasion de son dernier Peer Review, la Suisse envisage d'abroger les dispositions d'exemption existantes pour les fondations d'utilité publique dans le domaine de la LEAR (art. 6 et 11 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 exclus². **La suppression de ces règles d'exemptions aura de lourdes conséquences sur le secteur de l'utilité publique.**

SwissFoundations - La voix des fondations donatrices suisses

Fondée en 2001 à l'initiative conjointe de onze fondations, SwissFoundations est aujourd'hui la plus grande association de fondations donatrices³ d'utilité publique en Suisse. **Au cours des cinq**

¹ Voir aussi la liste des membres ci-jointe.

² Pour les établissements financiers (EF) existants (en particulier les banques), cela signifierait, entre autres, qu'ils devraient assumer toutes les obligations de déclaration concernant les comptes des fondations qui ne sont pas elles-mêmes des EF.

³ Une fondation donatrice est une fondation d'utilité publique qui, pour financer ses activités, ne dépend pas de dons ou de co-affectations, car elle dispose d'un patrimoine propre et déploie son action à l'aide des revenus de ce patrimoine (ou, de la substance de celui-ci, s'il s'agit d'une fondation à capital consommable) ; voir Swiss Foundation Code 2015, p. 147.

dernières années, les 162 membres de SwissFoundations ont investi plus de 2,5 milliards de francs dans des projets et initiatives d'utilité publique. SwissFoundations représente ainsi près d'un tiers du volume des fonds accordés par l'ensemble des fondations d'utilité publique en Suisse. La modification prévue de la loi nous préoccupe particulièrement, car les fondations donatrices seraient affectées dans une très large mesure par l'introduction prévue d'une obligation de déclaration pour les fondations d'utilité publique. www.swissfoundations.ch/fr

Questionnement factuel

L'inclusion des fondations d'utilité publique de droit suisse dans la LEAR ne peut être justifiée, car leur structure juridique exclut l'utilisation de fondations à des fins d'évasion fiscale :

- Les fondations sont **personnalités juridiques constituées d'un patrimoine indépendant organisé et affecté à un but**. Les biens appartiennent exclusivement et irrévocablement à la fondation. Ni le fondateur, ni les conseils de fondation ou les bénéficiaires ne peuvent y prétendre. Il n'y a pas non plus de Beneficial Owner.
- Les fondations d'utilité publique de droit suisse ne peuvent en aucun cas être **assimilées à des trusts**. Le fondateur ne peut ni révoquer la fondation, ni obtenir le remboursement des fonds de quelque autre manière que ce soit.
- En cas de liquidation d'une fondation d'utilité publique, une **revalorisation des biens au profit du fondateur ou de son successeur légal est également exclue**. Dans ce cas, ils doivent être transférés à un autre organisme exonéré d'impôt poursuivant le même but ou un but similaire.
- Les fondations d'utilité publique sont soumises à une **surveillance étatique** (par l'Autorité de surveillance des fondations et en général par l'Administration fiscale) et doivent présenter chaque année un rapport annuel révisé comprenant un rapport d'activité et des comptes annuels. Elles sont également soumises à l'**obligation de révision**.
- Les **conseils de fondation ne sont pas des organes de constitution d'une opinion**, mais des organes au service du but de la fondation. Ils sont pleinement responsables de leurs actes.
- Ces caractéristiques de la fondation d'utilité publique suisse sont connues de l'OCDE en tant que telles.⁴ Classer les fondateurs et les membres des conseils de fondation dans la catégorie des "actionnaires" serait donc tout à fait erroné. Le formulaire S de la CDB (sous réserve du chiffre 5) contient également des informations sur les conseils de fondation.

Le fait que les fondations d'utilité publique ne peuvent pas être un moyen d'évasion fiscale correspond évidemment aussi à l'avis du Conseil fédéral qui, dans ce contexte, a créé les exceptions en question. La pression de l'OCDE est probablement due à un manque de compréhension du concept de fondation d'utilité publique. La mise en œuvre de la LEAR dans le secteur de l'utilité publique entraînera une diminution des donations difficile à quantifier – comme expliqué ci-dessous – sans pour autant créer une valeur ajoutée.

Conséquences pour les fondations donatrices

Si l'art. 6 OEAR est supprimé, les fondations d'utilité publique pourront désormais être considérées comme des établissements financiers (EF) soumis à l'obligation de déclaration au sens du Common Reporting Standard (CRS) sous la forme d'organismes de placement (section VIII/A./6./b). C'est le cas s'ils satisfont au critère de « l'income test » et au critère du « managed-by test ».

- Le CRS n'institue pas de seuil à partir duquel seules les personnes morales possédant certains actifs pourraient satisfaire au critère de « l'income test ». **Pour les fondations, ce critère**

⁴ cf. Peer Review Report, phase 2, p. 66 et suivantes.

signifie que, quelle que soit leur taille, elles doivent continuellement (c'est-à-dire chaque année) vérifier si les critères ont été remplis ou non.

- Etant donné que 80% des fondations suisses ont un patrimoine inférieur à CHF 5 millions, elles peuvent généralement s'attendre à un rendement annuel maximum de CHF 100 000 – 150 000. Avec les frais notamment de comptabilité, de fiduciaire, d'audit, de surveillance, et d'autres encore, ainsi que les nouvelles dépenses liées à l'obligation de déclaration, ces fondations encourent le risque de devoir dépenser la moitié de leurs revenus en dehors de leur but premier. **Les coûts administratifs et financiers supplémentaires mettent en péril l'existence de nombreuses fondations de plus petite taille. C'est un signal dramatique pour le secteur des fondations et les donateurs potentiels ; il y a dès lors un risque d'une forte augmentation des liquidations.**
- Comme expliqué ci-dessus, une fondation est considérée comme étant gérée de manière professionnelle si les actifs financiers sont gérés *en tout ou en partie* par un EF discrétionnaire. **Cette paraphrase montre une certaine incertitude, qui peut entraîner des difficultés dans la pratique** : il semble par exemple douteux que la gestion professionnelle puisse également être assumée si la gestion de fortune est officiellement confiée au conseil de fondation, mais matériellement à un administrateur externe (dont les recommandations sont ensuite régulièrement / toujours mises en œuvre).
- En outre, on ne sait toujours pas quelles informations seront couvertes par l'obligation de déclaration. Il est prévu que les fondations auront les mêmes obligations en la matière que les Trusts.⁵ Les bénéficiaires, mais aussi le fondateur ainsi que les membres du conseil de fondation seraient donc couverts par cette obligation de rendre compte. In fine, cela pourrait obliger les conseils de fondation à devoir soumettre des renseignements personnels tels que des déclarations de revenus. **Cela réduirait considérablement l'attrait d'un mandat au sein d'un conseil de fondation, dans la mesure où la majorité des membres des conseils de fondation en Suisse travaillent à titre honorifique et sont déjà entièrement responsables avec leur patrimoine privé.**

A l'encontre des principes de bonne gouvernance

Le Swiss Foundation Code⁶, qui fait référence dans le secteur des fondations au-delà des frontières nationales, contient des recommandations détaillées pour la gestion du patrimoine de la fondation. Ce qui suit peut être lu à la page 115 et suivante :

"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." (format italique ajouté ici).

L'externalisation de la gestion de fortune est donc recommandée afin de garantir l'expertise nécessaire et d'éviter les conflits d'intérêts (les directives pour la gestion du patrimoine des fondations publiées⁷ par SwissFoundations allant par ailleurs dans le même sens). **Cependant, dans la pratique, l'intégration des fondations d'utilité publique dans la LEAR aura pour conséquence que les fondations seront tentées de reprendre en main la gestion de leur patrimoine afin de ne plus rentrer dans les critères du "managed-by test".**

⁵ cf. CRS Comm. au VIII Rz. 69, 136

⁶ Sprecher/Egger/von Schnurbein, 3e édition, Bâle 2015.

⁷ SwissFoundations, Aus der Praxis für die Praxis, Guidelines for the Management of Foundation Assets, Zurich 2016.

Combien de fondations suisses sont concernées ?

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).

Bien qu'environ 80% des fondations d'utilité publique en Suisse disposent d'un patrimoine de moins de CHF 5 millions⁸, elles sont aujourd'hui, dans la plupart des cas, gérées de manière professionnelle.

Outre les deux exigences susmentionnées, à savoir le « income test » et le « managed-by test », la dimension internationale joue également un rôle décisif dans l'obligation de déclaration. Selon la base de données du Centre d'études de la Philanthropie en Suisse (CEPS) de l'Université de Bâle, 2079 fondations donatrices sont actives au niveau international et courent donc le risque d'être soumises à ces nouvelles obligations de déclaration.

Selon le CEPS, il existe également 2 606 fondations donatrices qui ont un ou plusieurs membres de leur conseil de fondation qui sont 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 l'obligation de rendre compte, du moins si cette obligation est étendue aux membres des conseils de fondation.

→ L'analyse montre qu'il est difficile d'estimer combien de fondations seraient effectivement touchées par l'abolition des exemptions⁹. Le chiffre de 1000 fondations potentiellement touchées mentionné dans le rapport explicatif du Conseil fédéral est en tout état de cause beaucoup trop faible.

La Suisse en exemple?

Il y a des raisons de penser que l'OCDE veut faire de la Suisse un cas d'exemple. La consultation de diverses associations de fondations européennes montre que de nombreux pays considèrent actuellement que leurs organisations à but non lucratif sont exemptées de l'obligation de déclaration. Les organismes de réglementation de leur État se fient strictement au libellé du CRS et non aux indications complémentaires qui figurent dans le commentaire. Selon le CRS, le terme "managed-by" ne désigne pas les actifs gérés en externe mais l'entité elle-même («entity managed by another financial institution»). Cela allégerait le fardeau de la majorité des fondations donatrices touchées par la modification. En outre, l'accord FATCA avec les États-Unis – qui, dans une certaine mesure, a servi d'exemple à la LEAR – prévoit également une exemption pour les organisations à but non lucratif.¹⁰

⁸ Selon le CEPS, le total médian du bilan des 4 500 fondations d'utilité publique sous surveillance fédérale s'élève à CHF 221 619.

⁹ Voir rapport explicatif du Département fédéral des finances du 27 février 2019, p. 22.

¹⁰ Voir annexe 2/II/B/B/point 1 de l'accord FATCA.

Conclusion

La suppression des exemptions existant précédemment sous la pression de l'OCDE est non seulement erronée sur le plan factuel, mais elle constitue également une menace considérable pour la tradition caritative de notre pays et l'attrait de la Suisse en tant qu'emplacement de choix pour les fondations, comme l'indique le rapport du Conseil fédéral lui-même : "Un effet négatif sur la croissance du secteur des fondations est [...] envisageable »¹¹. SwissFoundations part du principe que non seulement la croissance sera ralentie, mais qu'il y aura aussi une réduction significative de la place des fondations suisses, qui est aujourd'hui prospère et leader international. En outre, l'engagement bénévole et honorifique en tant que membre d'un conseil de fondation sera rendu peu attractif et la recherche, déjà difficile, de membres non seulement ouverts à la prise d'une telle fonction mais également compétents, rendue beaucoup plus difficile.

C'est pourquoi SwissFoundations s'oppose avec véhémence et fermeté à l'institution d'une obligation de rendre compte pour les fondations donatrices d'utilité publique. Depuis quelque temps déjà, nous observons avec inquiétude l'évolution d'une réglementation des marchés financiers qui s'applique de plus en plus non seulement aux acteurs pour lesquels elle a été créée, mais aussi directement aux organisations d'utilité publique. L'exemple de la LEAR montre clairement que l'OCDE n'est plus disposée à autoriser des arrangements spéciaux pour les organisations d'utilité publique.

Si nous voulons à l'avenir faire en sorte que les fondations suisses continuent à verser des fonds d'utilité publique dans l'intérêt commun, nous devons faire comprendre à l'échelle internationale le modèle occidental des fondations et nous défendre au niveau fédéral contre les interventions dans le secteur suisse d'utilité publique qui trouvent par ailleurs leur ancrage dans des malentendus. Dans le cas contraire, nous courons le risque de voir la bureaucratie toujours plus importante décimer le secteur dynamique des fondations en Suisse et décourager les futurs donateurs – au détriment de l'ensemble de la société.

Nous espérons sincèrement que nos préoccupations seront entendues et nous vous remercions de tenir compte de notre prise de position.



Dr Lukas von Orelli
Président SwissFoundations



Beate Eckhardt
Directrice SwissFoundations

¹¹ Rapport explicatif du Département fédéral des finances du 27 février 2019, p. 22.