



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

LE DOYEN

Par courrier électronique

Conseil des Etats
Commission des affaires juridiques
CH-3003 Berne

ehra@bj.admin.ch

Genève, le 12 mars 2020/BF/dr

**Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève
14.470 Initiative parlementaire – 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 Etats,

Par la présente, je me permets de vous faire parvenir en annexe la prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève concernant l'initiative parlementaire « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations ».

Cet avis a été rédigé par le professeur Henry Peter, professeur à la Faculté de droit et directeur du Centre en philanthropie de l'Université de Genève.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, à l'assurance de mes sentiments les plus respectueux.

Bénédicte Foëx

Annexe : ment.



Conseil des Etats
Commission des affaires juridiques
CH-3003 Berne

ehra@bj.admin.ch

Genève, le 12 mars 2020

**Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève
14.470 Initiative parlementaire – 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 Etats,

La présente a pour but d'énoncer la position de la Faculté de droit de l'Université de Genève à propos de l'initiative parlementaire émanant du conseiller aux Etats Werner Luginbühl ayant pour objet de « renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations » (ci-après **l'Initiative**). Cette prise de position intervient dans le cadre de la procédure de consultation conformément à la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (VIG).

L'Université de Genève (**UNIGE**) est l'une des plus grandes hautes écoles de Suisse. Elle jouit d'un rayonnement international privilégié et vise l'excellence dans tous les domaines dans lesquelles elle s'investit. L'institution se distingue notamment par son patrimoine intellectuel, sa tradition humaniste et la polyvalence de son enseignement et de sa recherche. C'est là une des raisons pour lesquelles le Rectorat de l'UNIGE a créé, en 2017, un centre interdisciplinaire consacré à la philanthropie, centre présidé par le Recteur et dont le champ d'activité comprend le droit des fondations (du point de vue du droit privé et public, www.unige.ch/philanthropie). Le centre s'est exprimé par lettre séparée du 6 mars 2020 à propos de l'Initiative.

Position de la Faculté

Dans le but de favoriser l'attractivité, le développement et la pérennité des fondations en Suisse, il est primordial de procéder à des ajustements des législations actuelles et futures. Les principales raisons pouvant être invoquées sont les suivantes : (i) Les fondations et l'Etat jouent des rôles complémentaires dans la poursuite du bien commun et sont donc deux acteurs utiles et nécessaires à la Société; (ii) le fait de créer des

conditions-cadres favorables aux fondations a pour effet de rendre la Suisse attractive et d'inciter ainsi les personnes physiques et morales à y implanter des fondations et (iii) les activités à but non-lucratif menées par les fondations génèrent directement et indirectement des effets positifs significatifs pour l'économie suisse.

La Faculté est donc d'une manière générale favorable à l'Initiative. Elle soutient l'avant-projet de loi fédérale relative au renforcement de l'attractivité de la Suisse pour les fondations et souscrit à l'argumentation présentée à son appui par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats dans son rapport du 21 novembre 2019.

La position de la Faculté à propos de chacune des huit mesures est la suivante :

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

La Faculté soutient cette mesure.

En Suisse, les données factuelles importantes concernant les organisations à but non-lucratif exonérées d'impôts sont insuffisantes. Il n'existe pas de registre homogène et librement accessible recensant ces organisations et les informations essentielles les concernant. Cela rend donc difficile la compréhension des besoins et des apports du secteur non-lucratif, et donc son impact sociétal. Il existe ainsi un besoin accru d'intervenir en la matière. La transparence ne doit cependant être exigée que si celle-ci est justifiée par un intérêt public ; la confidentialité des données pouvant, dans certains cas, se justifier et constituer un atout pour la Suisse dans ce domaine.

2. 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 ;

La Faculté soutient cette mesure.

La solution préconisée par l'avant-projet de loi permettrait de remédier à la pratique actuelle, trop restrictive et difficilement justifiable. A travers cette mesure, le droit de recours sera lié au critère de l'« intérêt légitime à contrôler ». Celui-ci confèrera le droit de déposer plainte à un cercle élargi de personnes: les bénéficiaires, les membres actifs ou anciens des organes exécutifs, les fondateurs, les personnes étroitement liées au fondateur, les contributeurs, les autres bénéficiaires, etc. Cette solution rendra la réglementation plus claire et ne conduira pas à un droit de plainte trop facilement accessible. Nous sommes confiants que les tribunaux sauront interpréter la notion classique d'« intérêt légitime » sans tomber dans un droit de plainte populaire.

3. 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 ;

La Faculté soutient cette mesure.

Dans un monde qui évolue toujours plus rapidement, il convient de conférer aux fondations, nouvelles et anciennes, la possibilité d'adapter leurs buts, leurs activités ou leur gouvernance aux situations nouvelles. Il convient donc de permettre au fondateur d'adapter le but et/ou l'organisation de la fondation qu'il a créée. Cela ne doit évidemment être possible que s'il est certain que la volonté du fondateur est respectée et sa poursuite privilégiée.

4. 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 ;

La Faculté soutient cette mesure.

Une adaptation de la législation actuelle, trop restrictive, est souhaitable. L'avant-projet prévoit ainsi, à juste titre, une pratique généralement plus libérale des autorités de surveillance des fondations en renforçant la flexibilité de la capacité d'adaptation des fondations. La pratique actuelle limitative sera également facilitée par la modification proposée de l'art. 86c CC en abolissant l'exigence d'un acte notarié. La légalisation des signatures devrait en revanche être maintenue en cas de doute quelconque, de même que la nécessité d'un acte notarié en cas de modifications majeures de l'acte de fondation.

5. 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) ;

La Faculté soutient cette mesure.

Le régime actuel de responsabilité des membres bénévoles d'organes de fondation contribue à rendre difficile de trouver des personnes disposées à accepter un mandat volontaire. Ledit régime est en effet dissuasif étant donné que les membres du conseil de fondation sont responsables de toute faute, y compris en cas de négligence légère, et ce sur leur fortune privée, sans limitation. Il est justifié de traiter différemment (i) les actes de gestion de personnes qui sont des organes rémunérés de sociétés anonymes à but lucratif, de (ii) ceux de personnes non rémunérées d'entité juridique (typiquement associations et sociétés coopératives) dont le but est idéal ou en tout cas non lucratif. Cette distinction a déjà été préconisée en doctrine à propos des sociétés coopératives¹. L'exclusion de responsabilité en cas de négligence légère proposée à l'art. 55, al. 4, CC de l'avant-projet de loi doit donc être approuvée.

¹ Jacques-André Reymond, *Traité de droit privé Suisse, Volume VIII, tome III/1*, Edition Schulthess, Fribourg, 1996, § 28 II 1b.

6. 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 ;

La Faculté soutient en principe cette mesure.

Les dons et dotations produisent un impact positif sur la Société et profitent au bien public, donc à l'Etat. Il convient dès lors de les favoriser. La législation actuelle prévoit que les dons à des fins d'utilité publique ne peuvent être fiscalement déduits que dans une mesure limitée. Bien que cela ne soit pas scientifiquement incontesté, un certain nombre de données disponibles semblent montrer qu'il convient d'encourager la création et le financement de fondations en accroissant les incitations fiscales à cette fin. L'inclination des personnes à effectuer des donations à des fins d'utilité publique semble en effet être positivement influencée par de tels avantages fiscaux. A notre connaissance, il n'existe en l'état aucune donnée fiable qui démontre, en Suisse, scientifiquement et irréfutablement l'influence positive des avantages fiscaux sur les donations. Cependant, des recherches effectuées dans d'autres pays (aux Etats-Unis, à Singapour et aux Pays-Bas) semblent attester que tel est le cas.. Le Centre en Philanthropie de l'Université de Genève a lancé un important programme de recherche dans le but d'établir s'il existe - et dans quelle mesure - une causalité, ou en tout cas une corrélation, entre incitations fiscales et propension à effectuer des donations à des fins d'utilité publique (voir <https://www.unige.ch/conference-philanthropy-taxation>). La variante 1 de l'avant-projet serait préférable.

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

La Faculté soutient en principe cette mesure.

Sous les réserves déjà évoquées ci-dessus, il semble que les mesures favorisant des donations à des fins d'utilité publique doivent être soutenues. Cela permettra d'accroître l'attractivité de la Suisse quant à l'implantation d'organisations caritatives et d'individus disposés à effectuer de telles donations. La possibilité de reporter les dons sur plusieurs périodes fiscales semble dès lors devoir être favorisée. La variante 1 de l'avant-projet est, dans cette perspective également, préférable.

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.

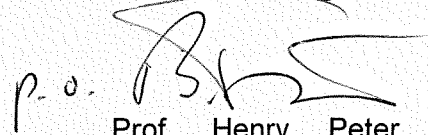
La Faculté soutient cette mesure.

L'absence de rémunération des membres de Conseil de fondations nuit à la qualité de la gouvernance des fondations, en particulier de celles qui sont grandes ou complexes et qui requièrent un investissement important en terme de temps et des compétences particulières. Les personnes dotées de ces compétences et disposant du temps requis n'ont pas forcément des revenus ou une fortune leur permettant de

se consacrer à de telles tâches sans être rémunérées. Une compensation adéquate des membres de Conseil de fondations semble dès lors clairement recommandable.

La circulaire n° 12 de l'AFC de 1994 (ci-après la "Circulaire") restreint la pratique des administrations fiscales en matière de rémunération des membres des Conseils de fondation. Il est erroné de penser qu'une fondation ne peut être considérée comme étant d'utilité publique que si ses organes agissent à titre bénévole. Une telle exigence doit être abolie, sous réserve bien entendu des cas d'abus. A ce propos, le Conseil Fédéral, dans ses réponses aux interpellations (12.4063 et 13.3283) de l'ancien Conseiller aux Etats Luc Recordon, a d'ailleurs déclaré qu'« *un professionnalisme rémunéré est préférable à un amateurisme bénévole* »². Le Conseil fédéral a d'ailleurs reconnu qu'une compensation appropriée des membres de Conseils de fondations n'était pas exclue³. En conséquence, la Circulaire doit être modifiée sur ce point.

Nous vous remercions de l'attention portée à la présente et vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, à l'assurance de notre considération distinguée.



p. o.
Prof. Henry Peter
Professeur à la Faculté de
droit, Directeur du Centre en
Philanthropie de l'Université
de Genève

²Réponse du Conseil Fédéral à l'Interpellation 12.4063 déposée le 6 décembre 2012 au Conseil des Etats.

³Réponse du Conseil Fédéral à l'Interpellation 13.3283 déposée le 22 mars 2013 au Conseil des Etats.