

N

Monthly
Newsletter
December 2023

Private Wealth

Schellenberg
Wittmer



Fondations - Les dernières modifications législatives et leurs conséquences

Andrea Dorjee-Good, Géraldine Ineichen

Key Take-aways

- 1.** L'étendue de l'obligation de publicité est interprétée de manière variable par les différentes autorités de surveillance.
- 2.** A la lumière des dispositions sur le blanchiment d'argent, il convient, en cas de doute, de procéder à des clarifications sur l'origine des dons.
- 3.** Ceux qui ne respectent pas les dispositions de la loi révisée sur la protection des données risquent des sanctions - y compris les membres du conseil de fondation personnellement.

1 Introduction

Les exigences imposées aux conseils de fondation n'ont cessé de croître au cours des dernières années et le cadre juridique est également en constante évolution. Cette newsletter donne un aperçu de certains changements juridiques importants et des obligations qui en découlent, avec lesquels chaque conseil de fondation devrait se familiariser.

2 Nouvelles obligations de déclaration et devoir de transparence concernant les rémunérations

Depuis le 1^{er} janvier 2023, le conseil de fondation ou l'organe de révision sont tenus d'informer immédiatement l'autorité de surveillance en cas de menace d'**insolvabilité ou de surendettement** de la fondation.

Une obligation de **publication des rémunérations** du conseil de fondation a par ailleurs été introduite. Elle sera mise en application pour la première fois lors de l'établissement des comptes de l'**exercice 2023**. La nouvelle obligation de publication implique que l'organe suprême de la fondation, à savoir le conseil de fondation, communique chaque année à l'autorité de surveillance le montant total des rémunérations qui lui sont versées directement ou indirectement, conformément à l'art. 734a al. 1 CO. S'il existe une direction, sa rémunération doit également être publiée séparément. Du renvoi au droit de la société anonyme découle une liste - non exhaustive - des types de rémunérations qui doivent être publiées. Il s'agit notamment:

- Des honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit ;
- Des tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;
- Des primes d'embauche;
- De l'ensemble des prestations rémunérant les travaux supplémentaires.

L'obligation de publication pour les fondations n'est pas vraiment nouvelle.

2.1 Quel est le degré de transparence réellement nécessaire?

Tout d'abord, il est important de noter que la nouvelle exigence de transparence en matière de rémunération n'existe **qu'à l'égard de l'autorité de surveillance** et non à l'égard du public. Les fondations de famille ne sont pas concernées par l'obligation de divulgation. Contrairement à la disposition pertinente du droit des sociétés, le libellé de la loi n'exige que la publication du **montant total** de la rémunération. Toutefois, cette disposition est actuellement interprétée différemment, y compris par les différentes autorités de surveillance. Ainsi,

l'Autorité fédérale de surveillance des fondations (ASF) estime que la fondation doit publier **séparément le montant des rémunérations attribuables à chaque membre**. Dans certains cantons, en revanche, il suffit d'indiquer la rémunération totale. La question de savoir si l'obligation de publicité doit également s'appliquer aux comités consultatifs ou à d'autres organes de la fondation est également controversée. Les **rémunérations doivent être publiées soit dans l'annexe aux comptes annuels, soit dans le compte de résultat** lui-même (voir par exemple Zurich), soit **dans un rapport séparé** destiné à l'autorité de surveillance compétente.

Cette nouvelle obligation de publicité devrait être particulièrement importante pour les **fondations d'utilité publique exonérées d'impôt**. Certaines autorités fiscales cantonales sont connues pour suivre une pratique stricte et refuser l'exonération fiscale si les activités du conseil de fondation sont rémunérées. Étant donné que les autorités de surveillance sont tenues, dans certains cas, de fournir des informations aux autorités fiscales nationales ou de transmettre les documents reçus dans le cadre de la procédure de rapport, les fondations d'utilité publique risquent de perdre leurs privilèges fiscaux en raison de la nouvelle obligation de divulgation et de l'éventuelle transmission d'informations aux autorités fiscales.

La prudence est en principe de mise lors de l'acceptation et de l'utilisation de dons.

2.2 Feu vert prudent

Toutefois, l'obligation d'information pour les fondations n'est pas vraiment nouvelle. Avant même l'introduction des nouvelles dispositions sur la transparence, l'autorité de surveillance était déjà autorisée à demander des preuves spécifiques et des informations plus détaillées sur la rémunération et les indemnités du conseil de fondation ou de la direction lors du contrôle des comptes annuels. Par ailleurs, les autorités fiscales cantonales pouvaient déjà exiger des organisations qu'elles communiquent les indemnités versées aux organes dirigeants dans le cadre de l'examen périodique de l'exonération fiscale. Le législateur considère donc la nouvelle disposition comme une simple clarification. L'obligation de publication devrait conduire à l'émergence d'une pratique de rémunération adaptée.

Les conseils d'administration devraient profiter de cette occasion pour **revoir et, le cas échéant, adapter leurs pratiques en matière de rémunération**. Si ce n'est pas déjà le cas, les principes de rémunération devraient être fixés dans un règlement ou une directive (honoraires forfaitaires ou jetons de présence, montant de la rémunération par membre du conseil ou pour l'ensemble du conseil, autres activités rémunérées). On recommandera à cet égard de consulter les **fiches d'information** des autorités de surveillance compétentes et, le cas échéant, de prendre contact avec les autorités concernées.

3 Nouvelles obligations suite à la révision du droit anti-blanchiment d'argent?

Avec la révision de la loi sur le blanchiment d'argent (**LBA**) et son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, la question se pose (à nouveau) pour les conseils de fondation de savoir s'ils doivent respecter certaines obligations – et si oui, lesquelles – lorsqu'ils **acceptent des dons**. Alors que l'infraction de blanchiment d'argent est inscrite dans le Code pénal suisse (**CP**), la loi sur le **blanchiment d'argent** prévoit également des obligations qui peuvent être pertinentes pour les conseils de fondation lorsqu'ils acceptent des dons.

3.1 Le conseil de fondation et la fondation dans la ligne de mire du Code pénal?

Quiconque accomplit un acte susceptible d'entraver la confiscation de valeurs patrimoniales dont il sait ou doit supposer qu'elles proviennent d'un crime est passible de poursuites pénales pour **blanchiment d'argent en vertu de l'article 305^{bis} CP**. Il faut pour cela que les valeurs patrimoniales proviennent d'infractions pénales spécifiques ou d'un délit fiscal qualifié et que l'auteur l'ait su ou ait dû le savoir. Les contributions et les dons à des fondations peuvent entrer dans la définition de ces valeurs, et le blanchiment d'argent est déjà possible pour des montants minimes. Le conseil de fondation et, dans certains cas, la fondation elle-même peuvent également être considérés comme des auteurs de délits.

Toutefois, cette disposition n'impose pas au conseil de fondation l'obligation générale de clarifier et d'établir l'origine des donations. Néanmoins, la prudence est généralement de mise lors de l'acceptation et de l'utilisation des dons. En cas de doute, des éclaircissements doivent être apportés ; si les doutes ne peuvent être dissipés, il est recommandé de rejeter la donation ou le bénéfice.

La nouvelle loi sur la protection des données s'applique également aux fondations.

3.2 Le conseil de fondation ou la fondation sont-ils concernés par le droit anti-blanchiment?

La **nouvelle LBA est en vigueur** depuis le 1^{er} janvier 2023 et introduit un certain nombre de nouvelles obligations et de nouveaux droits. Les changements les plus importants comprennent l'obligation pour les intermédiaires financiers de vérifier l'identité des ayants droit économiques, l'obligation d'examiner périodiquement les données des clients indépendamment de tout événement et le droit de mettre fin à une relation d'affaires ayant fait l'objet d'une annonce, sous certaines conditions.

Le conseil de fondation ou les fondations ne sont tenus de respecter les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent que s'ils entrent dans le **champ d'appli-**

tion de la loi sur le blanchiment d'argent. Toutefois, la loi ne s'applique qu'aux intermédiaires financiers et aux "négociants" qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces en paiement. L'activité de membre du conseil d'administration d'une fondation **n'est généralement pas qualifiée d'intermédiation financière**. D'une part, elle n'est pas considérée comme une activité professionnelle et, d'autre part, le conseil de fondation ne conserve généralement pas de valeurs de tiers, mais uniquement les actifs propres de la fondation.

Toutefois, si une fondation est considérée comme une **société de domicile**, les activités des membres du conseil d'administration de la fondation peuvent être soumises à la LBA. Les sociétés de domicile fonctionnent généralement comme des véhicules financiers pour la gestion d'actifs sans activité opérationnelle. Ce qui est déterminant, c'est que leurs organes agissent selon les instructions d'un ayant droit économique. Selon les directives de la FINMA, les fondations d'utilité publique ne sont pas considérées comme des sociétés de domicile dans la mesure où elles poursuivent exclusivement leur but statutaire. La situation devient toutefois délicate lorsque la fortune de la fondation ne peut être clairement distinguée de celle d'un ayant droit économique, ce qui est le cas, par exemple, lorsque le conseil de fondation n'administre la fortune que selon les instructions du fondateur ou des bénéficiaires. Il est donc essentiel que toutes les transactions soient couvertes par le but de la fondation et qu'elles reposent sur une décision discrétionnaire du conseil de fondation. La question de savoir si les activités du conseil de fondation sont soumises à la LBA dépend donc des circonstances de chaque cas d'espèce et requiert une évaluation individuelle.

4 Nouvelles obligations découlant de la révision de la loi sur la protection des données

Depuis le 1^{er} septembre 2023, les fondations sont soumises à la **loi révisée sur la protection des données** et à la **nouvelle ordonnance sur la protection des données** (voir les Newsletters d'[octobre](#), [novembre](#) et [décembre](#) 2022) si elles traitent des données de personnes physiques, ce qui devrait être fréquemment le cas. Il n'y a pas d'exceptions spécifiques pour les fondations d'utilité publique.

Les changements les plus importants concernent l'extension des droits des personnes concernées, une obligation d'information active de la part de la fondation, l'obligation de signaler les violations de la protection des données et l'obligation de tenir un registre des traitements de données (pour les grandes fondations ou celles qui traitent des données à haut risque). De nouvelles sanctions sont également entrées en vigueur: Des amendes allant jusqu'à 250 000 francs suisses peuvent être imposées. Elles ne visent généralement pas l'entreprise, mais les individus responsables, y compris le conseil de fondation.

4.1 Examen complet des procédures de traitement des données

Tout d'abord, les fondations doivent identifier les domaines dans lesquels elles traitent des **données à caractère personnel**. Ensuite, il convient de vérifier, pour chaque

traitement, si les principes de protection des données (en particulier la transparence, la détermination des finalités et la proportionnalité) sont respectés. En particulier, il convient de vérifier si les déclarations de la fondation satisfont aux nouvelles exigences, notamment à l'obligation plus stricte de fournir des informations. Afin de garantir les droits des personnes concernées, il convient de s'assurer que les processus relatifs à la collecte, à l'analyse, au stockage et à l'effacement des données sont correctement mis en œuvre et documentés.

En outre, une fondation doit être en mesure de fournir à une personne des **informations sur toutes les données à caractère personnel traitées**. Une procédure appropriée doit également être mise en place pour évaluer les violations de la sécurité des données et informer les autorités compétentes et (le cas échéant) les personnes concernées. En fonction de la taille de la fondation et des données traitées, d'autres réglementations et obligations peuvent s'appliquer.

5 Autres développements à suivre

Le 1^{er} janvier 2024, un certain nombre de nouvelles dispositions du droit des fondations entreront en vigueur. Les changements les plus importants sont les suivants:

- i. La possibilité pour le fondateur d'inclure une réserve sur les changements organisationnels dans les statuts, afin de simplifier les modifications futures de l'organisation.
- ii. L'obstacle aux modifications mineures de l'acte de fondation sera abaissé.
- iii. La forme authentique ne sera plus requise pour les modifications de l'acte de fondation.
- iv. Le recours à l'autorité de surveillance des fondations sera doté d'une base légale dont il était dépourvu jusqu'à présent.

Le Parlement discute actuellement d'assouplir les règles relatives aux fondations de famille et d'autoriser les fondations d'entretien.



David Wallace Wilson
Associé Genève
david.wilson@swlegal.ch



Dr. Guillaume Grisel
Associé Genève
guillaume.grisel@swlegal.ch



Andrea Dorjee-Good
Associée Zurich
andrea.dorjee@swlegal.ch



Géraldine Ineichen
Associée Zurich
geraldine.ineichen@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.com

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.com

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg