

→ FONDATION

Un instrument de planification

Pour assurer la conservation et la valorisation d'un patrimoine, la fondation paraît l'un des instruments les plus adéquats.



SIBILLA CRETTI
Dr en droit, avocate,
Ernst & Young SA,
Berne/Genève,
Private Client
Services.

SI LES CONDITIONS CADRE s'avèrent favorables à la constitution de fondations d'utilité publique, elles sont moins généreuses lors de la mise en place de fondations de famille. La fondation d'utilité publique représente un instrument de planification patrimoniale attractif chaque fois que le

manière restrictive la règle de conflit qui permettrait apparemment de manière licite d'atteindre le but prohibé. Il est intéressant de noter que l'article 13 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985, que la Suisse s'apprête à ratifier,

lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause. Dans l'arrêté portant approbation de la Convention de la Haye adressé au parlement par notre gouvernement, ce dernier exprime l'intention de ne pas faire usage de cette réserve tout en formulant simultanément à l'attention du parlement une proposition alternative pour les «trusts purement internes» auxquels la réserve de l'article 13 de la Convention pourrait être applicable.

Enfin, rappelons qu'il est urgent aussi d'examiner tous les paramètres fiscaux au moment de la constitution de la fondation de droit privé, voire en cours d'existence et à la liquidation de la fondation, en ayant soin de porter son examen sur la juridiction de

résidence du fondateur, la juridiction de résidence des bénéficiaires ainsi que la juridiction du siège de la fondation et du lieu de situation des biens. Il conviendra aussi d'éviter de ne pas créer un for fiscal en entretenant une administration effective dans un Etat autre que celui du siège de la fondation.

Un instrument privilégié

En résumé, la fondation est un instrument privilégié de la planification patrimoniale lorsqu'il s'agit de préserver un patrimoine pour des générations à venir. Dans un cadre international, les obstacles imposés par les contraintes fiscales nationales devront céder la place devant la liberté de mouvement des personnes et la liberté de mouvement des capitaux. Ainsi, sera favorisée la mise en œuvre, dans un environnement international, de fondations d'utilité

publique qui sont, aujourd'hui déjà, un instrument de planification patrimoniale privilégié dans un cadre national. Dans un cadre national, nous aurions souhaité que le législateur élargisse le but des fondations de famille au-delà du cadre restrictif de l'article 335 ccs. Le prochain débat des Chambres sur la ratification de la Convention de la Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance étendra peut-être les vues du législateur dans le domaine des trusts avec un effet bénéfique pour les fondations de famille du droit suisse. ■

* Un certain nombre de cantons suisses ont passé des accords de réciprocité avec des Etats étrangers. Ces accords se retrouvent dans la liste des conventions fiscales internationales tenue à jour par l'Administration fédérale des contributions.

LE RECOURS À LA FONDATION DANS UN CADRE FAMILIAL RESTE LIMITÉ AU PLAN NATIONAL.

fondateur a le souci de partager avec le plus grand nombre une passion personnelle ou d'affecter une partie de son patrimoine à des tâches normalement dévolues à l'Etat.

Inscrivant son objet dans le cadre défini par l'Administration fédérale des contributions, la fondation reconnue d'utilité publique obtiendra sur la base d'une requête écrite une exonération des impôts sur le bénéfice et le capital. Sur le plan des impôts sur les donations et successions, l'autorité fiscale sera encline à reconnaître le caractère d'utilité publique lorsque celui-ci aura été reconnu comme tel pour les impôts directs et exonérera, totalement ou partiellement, la fondation des impôts sur les donations et/ou successions.

Des obstacles fiscaux

Attractive sur le plan national, la structure de la fondation charitable se heurte néanmoins, dans un contexte international, aux obstacles fiscaux frontaliers en l'absence d'accords internationaux de réciprocité*.

De nos jours encore, le recours à la fondation dans un cadre familial reste limité sur le plan national. En effet, la fondation de famille n'est licite que si le patrimoine est affecté aux buts énoncés à l'article 335 al. 1 du code civil suisse, à savoir le financement des frais d'établissement, d'éducation, d'assistance des membres d'une famille déterminée ou à des buts analogues. L'article 335 al. 2 ccs interdit la constitution de fondations d'entretien et de fidéicommiss de famille.

Si le nouveau droit des fondations, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a apporté un certain nombre d'allègements, il n'en demeure pas moins que la limite de l'article 335 ccs subsiste avec pour effet que le fondateur recourra à des véhicules plus permissifs du droit étranger (par exemple: fondations de famille de droit liechtensteinois, ou trust privé de droit anglo-saxon). Valablement constituées, ces institutions sont reconnues en droit suisse sur le fondement de la théorie dite de l'incorporation (ATF 117 II 494 ss).

Les règles de la bonne foi

Cette reconnaissance connaît-elle des limites? Il est unanimement admis de nos jours que le droit de choisir le lieu d'incorporation d'une fondation/d'un trust express privé trouve ses limites dans les règles de la bonne foi et de l'abus de droit. En présence d'une norme d'interdiction telle que celle établie par l'art. 335 ccs, il convient d'interpréter de