

# SUCCESSION

## De l'utilité des donations en droit fiscal suisse

### The benefits of gifts in Swiss tax law

Avant d'aborder la question de l'utilité des donations en droit fiscal suisse, il importe de faire trois remarques. D'une part, en Suisse, l'impôt sur les donations, de même que celui sur les successions, est de compétence purement cantonale. Les cantons sont totalement libres de le prévoir ou non, de le réglementer et d'en fixer le taux. Contrairement à ce qui est le cas notamment pour l'impôt sur la fortune qui est également de compétence cantonale, il n'existe aucune loi d'harmonisation qui fixe un certain nombre de principes de base applicables dans tous les cantons.

A titre d'exemple, le canton de Schwyz ne connaît aucun impôt sur les donations quelque que soit le lien de parenté entre le donateur et le donataire, alors que dans le canton de Genève, le taux s'élève à 54,6% pour les donations entre tiers. Comme nous le disons toujours, fiscalement parlant, nous ne vivons pas tous dans la même Suisse. D'autre part, sous réserve de certaines exceptions, les législations cantonales traitent de la même manière les donations et les successions. Nous sommes à l'opposé de la Belgique qui impose lourdement les successions, mais qui offre la possibilité à ses contribuables de faire des donations de leur vivant faiblement taxées ou pas taxées du tout si le donateur survit trois ans. Enfin, lorsqu'une personne domiciliée en Suisse souhaite faire une donation, elle doit prendre en considération non seulement la législation cantonale de son lieu de domicile, mais également les législations cantonales et étrangères du lieu de domicile du donataire ainsi que du lieu de situation des biens mobiliers et immobiliers. En Suisse, de manière générale, les donations sont imposées au domicile du donateur à l'exception des biens immobiliers qui se trouvent dans d'autres cantons ou à l'étranger. Par exemple, si un contribuable domicilié à Genève souhaite donner à un ami un appartement se trouvant à Schwyz, la législation applicable sera non pas celle du canton de Genève,

Before looking at the benefits of gifts in Swiss tax law, it is worth highlighting three points. Firstly, in Switzerland the taxation of gifts is purely a cantonal responsibility in the same way as inheritance. The cantons are completely free to decide whether or not to implement it, how to govern it and to set the applicable rates. In contrast to the situation with the tax on wealth, which is also a cantonal responsibility, there is no harmonisation law which lays down a number of fundamental principles that apply to all cantons.

For example, canton Schwyz does not levy any tax on gifts regardless of the family relationship between the giver and recipient of the gift, whereas the rate for gifts between third parties stands at 54.6% in canton Geneva. As we often say, we don't all live in the same Switzerland from a tax perspective. However, with a few exceptions, cantonal laws treat gifts and inheritance in the same way. Our system is the opposite of Belgium's which taxes inheritance heavily, but allows its taxpayers to give gifts subject to low tax or no tax at all while alive if the gift-giver lives for three years. Finally, when someone domiciled in Switzerland wishes to give a gift, they have to take account not only of the cantonal law in their place of domicile, but also the cantonal and foreign legislation of the place of domicile of the recipient and of the place where the moveable and immoveable assets are located. In Switzerland, gifts are generally taxed at the place of domicile of the gift-giver with the exception of immoveable assets located in other cantons or abroad. For example, if a taxpayer domiciled in Geneva wishes to give a friend an apartment located in Schwyz, the applicable law will not be that of canton Geneva, but that of canton Schwyz where, as indicated above, there is no tax on gifts. However, if this friend is domiciled in France and has spent six of the past ten years there, they will

mais celle de Schwyz canton dans lequel, comme nous l'avons vu ci-dessus, il n'existe pas d'impôt sur les donations. Cependant, si cet ami est domicilié en France et l'a été pendant six ans au courant des dix dernières années, il devra payer l'impôt sur les donations aux autorités fiscales françaises même si le bien immobilier se trouve à Schwyz.

En pratique, nous constatons que la donation est utilisée dans plusieurs cas de figure. Nous présenterons ci-dessous les conséquences du recours à la donation dans un certain nombre d'hypothèses. Pour illustrer nos propos, nous aurons recours à la législation vaudoise.

Tout d'abord, même s'il n'existe pas un intérêt fiscal à transmettre son patrimoine de son vivant plutôt qu'à son décès, nous constatons qu'étant donné que les gens vivent de plus en plus longtemps et que par conséquent, leurs héritiers héritent de plus en plus vieux, certaines personnes font le choix de donner déjà, notamment à leurs enfants, une partie de leur patrimoine de leur vivant. Dans le canton de Vaud, la situation peut être résumée de la manière suivante. Comme c'est le cas de manière générale en Suisse, le critère à prendre en considération pour déterminer le lieu où est dû l'impôt est le domicile du donateur et le lieu de situation des immeubles. Aucun impôt n'est prélevé au domicile du donataire. Ce n'est pas parce qu'une personne domiciliée à Lausanne reçoit une donation de 1 million d'euros de son père domicilié en Belgique qu'un impôt sera dû dans le canton de Vaud en raison de cette donation. Il incombera évidemment au donataire une fois la donation reçue de payer l'impôt sur la fortune et sur le revenu résultant des biens donnés. Cependant, le débiteur de l'impôt sur les donations est le donataire et non pas le donateur, ce dernier étant uniquement solidairement responsable pour le paiement de l'impôt dû. Contrairement à la très grande majorité des cantons, le canton de Vaud impose les donations en ligne directe. Le taux maximum au niveau cantonal est de 3.5%, les communes étant libres de prélever un pourcentage équivalent. Néanmoins, les parents peuvent faire une donation d'un montant maximum de CHF 50'000.- par année sans qu'aucun impôt sur les donations ne soit dû. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que si la donation s'élève à CHF 52'000.-, l'impôt ne sera pas prélevé sur CHF 2'000.-, mais sur la totalité de la somme donnée, soit



have to pay tax on the gift to the French tax authorities even if the property is in Schwyz. In practice, we find that gifts are used in several specific cases. Below we outline the consequences of the use of gifts in various hypothetical scenarios. We have used the law of canton Vaud for illustrative purposes. Firstly, even if there is no tax benefit in transferring an estate while alive rather than upon death, we find - in view of the fact that people are living longer and, as a result, the age of heirs when receiving their inheritance is rising - some people decide to transfer part of their estate, especially to their children, while they are still alive. In canton Vaud, the situation can be summed up as follows. As is generally the case in Switzerland, the criterion to be taken into account to determine the place where the tax is due is the domicile of the giver and the place where the immovable assets are located. No tax is levied at the recipient's domicile. Just because a person domiciled in Lausanne receives a gift of 1 million euros from their father domiciled in Belgium does not mean tax will be due on this gift in canton Vaud. The recipient is clearly responsible for paying tax on the wealth and income resulting from the gifted assets once the gift has been received. However, the debtor

liable to pay the tax on gifts is the recipient and not the gift-giver, the latter only being jointly responsible for the payment of the tax due. In contrast to the vast majority of cantons, canton Vaud taxes gifts directly. The maximum rate at cantonal level is 3.5% while the municipalities are free to levy an equivalent percentage. However, parents can gift a maximum amount of CHF 50,000 a year without incurring any tax on the gifts. It is important to note that if the gift amount stands at CHF 52,000, tax will not be levied on CHF 2,000, but on the total amount concerned which in this case would be CHF 52,000. It is also worth pointing out that foreign citizens, who do not and have never carried out gainful activity in Switzerland, benefit from having both the cantonal and municipal rates halved. If the gift-giver wishes to differentiate between usufruct and bare ownership, a distinction must be made between two scenarios. If they give bare ownership and keep usufruct for themselves, the tax on the gift is levied on the total value of the asset given without any deduction for usufruct. However, in a scenario where the gift-giver gives bare ownership to one person and usufruct to another, each of the gifts is taxed in its own right whereby the capitalisation of the usufruct



is generally calculated at a rate of 3% taking account of the usufructuary's age. In the two specific scenarios, no tax is levied when the usufruct expires.

Secondly, to avoid paying tax on income at both federal and cantonal levels as well as the applicable social insurance contributions, some taxpayers may be tempted to consider some amounts that they receive not as income but as gifts which, as we have seen above, recipients are not taxed on. The following principles are based on two recent judgements handed down by the Federal Supreme Court (2C\_44/2018 and 2C\_32/2020). Generally speaking, all the amounts received constitute income liable for taxation, at the very least due to the general clause provided for by law when it has increased the estate of the taxpayer. As a result, these amounts can only be exempted if they fall under an exception provided for by law which is the case for gifts.

However, the burden of proof of the existence of a gift which would result in tax exemption on the income lies with the taxpayers requesting it. Furthermore, while the tax concept of a gift is not exactly the same as that under civil law, they have the following criteria in common: the deed of assignment inter vivos, gratuitousness (objective criterion) and animus donandi (subjective criterion). As to whether or not animus donandi exists, the Federal Supreme Court stated in the second judgement mentioned that the decisive factor is the gift-giver's awareness and will, irrespective of whether the recipient considers it a gift or not. Equally, the payment does not have to be direct or specific. The simple fact of waiting for the time to request something is enough. We therefore advise all taxpayers who consider an amount received not as income but as a gift to consult their tax advisor beforehand to obtain their opinion prior to not declaring it as income in their tax return.

Finally, a taxpayer may wish to give gifts for philanthropic reasons. The first question that must be answered to determine how such transactions will be treated fiscally is to establish whether the organisation which receives the gift has its registered office in the canton where the gift-giver is domiciled and is covered by an exemption on public interest or public service grounds. If this is the case, no tax is due on the gifts and the gift-giver can deduct the amount from their income up to a rate of 20% of the net income minus legal deductions. This deduction does not apply to persons subject to expenditure-based taxation. If the beneficiary organisation is not covered by the above-mentioned exemption, the gift-giver cannot deduct the gift amount from their income and the gift is subject to tax at a maximum rate of 50%. However, gifts of less than CHF 10,000 per beneficiary during the same year are exempted and foreign citizens who do not carry out and have never





carried out gainful activity in Switzerland benefit from the aforementioned reduction. If someone wishes to give a gift to a public body or an organisation pursuing public interest purposes which are located either in a different canton or abroad, an assessment must be carried out to determine whether a reciprocal agreement exists between the canton where the gift-giver is domiciled and the canton or state where the organisation receiving the gift is located. If this is not the case, it is worth noting that there is an international network called Transnational Giving Europe (TGE), represented in Switzerland by the Swiss Philanthropy Foundation, which aims to enable gifts to be given to public interest organisations abroad tax-free under certain conditions.

In summary, the gift is a complex instrument not just because it falls under both civil law and tax law, but also because tax laws are different in every canton in Switzerland. ■

sur CHF 52'000.-. Il importe de souligner que les ressortissants étrangers qui n'exercent pas et qui n'ont jamais exercé d'activité lucrative en Suisse, voient aussi bien le taux cantonal que communal divisé par deux. Si le donateur souhaite faire une distinction entre l'usufruit et la nue-propriété, il y a lieu de distinguer deux hypothèses. S'il donne la nue-propriété et conserve l'usufruit pour lui-même, l'impôt sur les donations est prélevé sur la totalité de la valeur du bien donné sans aucune déduction pour l'usufruit. En revanche, dans l'hypothèse où le donateur donne la nue-propriété à une personne et l'usufruit à une autre, chacune des donations est taxée pour elle-même, la capitalisation de l'usufruit étant calculée à un taux en principe de 3% en tenant compte de l'âge de l'usufruitier. Dans les deux cas de figure aucun impôt n'est prélevé lors de l'extinction de l'usufruit.

En second lieu, afin d'éviter de payer l'impôt sur le revenu aussi bien au niveau fédéral que cantonal ainsi que les cotisations sociales qui vont de pair, certains contribuables pourraient être tentés de considérer que certains montants qu'ils reçoivent ne sont pas des revenus, mais des donations qui, comme nous l'avons vu ci-dessus, ne sont pas imposées dans le chef du donataire. Les principes suivants résultent de deux arrêts récents rendus par le Tribunal fédéral (2C\_44/2018 et 2C\_32/2020). De manière générale, toutes les sommes reçues constituent un revenu imposable, au regard de la clause générale prévue par la loi dès lors qu'elle a accru le patrimoine du contribuable. Par conséquent, ces montants ne peuvent être exonérés que s'ils tombent sous le coup d'une exception prévue par la loi, ce qui est le cas pour les donations. Cependant, le fardeau de la preuve de l'existence d'une donation qui conduirait à l'exonération de l'impôt sur le revenu incombe aux contribuables qui le soutiennent. Par ailleurs, bien que la notion fiscale de donation ne corresponde pas exactement à celle du droit civil, elles ont en commun les critères de l'acte d'attribution entre vifs, de la gratuité (critère objectif) et de l'*animus donandi* (critère subjectif). Concernant le fait de savoir s'il y a ou non *animus donandi*, le Tribunal fédéral a précisé dans l'arrêt cité en second lieu que l'élément déterminant est la conscience et la volonté qu'avait le donateur peu importe que le donataire ait considéré qu'il s'agissait ou non d'une donation. De même, la contre-prestation n'a pas besoin d'être directe ou concrète. Le simple fait d'attendre le moment venu pour demander quelque chose suffit.

Par conséquent, nous recommandons à tous contribuables considérant qu'un montant reçu n'est pas un revenu, mais une donation, de s'adresser au préalable à son conseiller fiscal pour recueillir son avis avant de ne pas le déclarer comme un revenu dans sa déclaration d'impôt.

Enfin, un contribuable peut souhaiter faire des donations à des fins philanthropiques. La première question à laquelle il faut répondre afin de déterminer à quel traitement fiscal sont soumises de telles opérations est de savoir si l'institution qui reçoit la donation a son siège dans le canton de domicile du donateur et est au bénéfice d'une exonération pour but d'utilité publique ou de service public. Si tel est le cas, aucun impôt sur les donations n'est dû et le donateur peut en déduire le montant de son revenu jusqu'à concurrence de 20% du revenu net diminué des déductions légales. Cette déduction ne s'applique pas aux personnes imposées d'après la dépense. Si l'institution bénéficiaire n'est pas au bénéfice de l'exonération mentionnée ci-dessus, le donateur ne peut pas déduire le montant de son don de ses revenus et la donation est soumise à une imposition au taux maximum de 50%.

Cependant, les donations inférieures à CHF 10'000.- par bénéficiaire dans le courant de la même année sont exonérées et les ressortissants étrangers n'exerçant pas et n'ayant jamais exercé d'activité lucrative en Suisse bénéficient de la réduction mentionnée ci-dessus. Lorsqu'une personne souhaite faire une donation à une collectivité publique ou à une institution poursuivant des buts d'utilité publique se trouvant soit dans un autre canton, soit à l'étranger, il y a lieu d'examiner s'il existe entre le canton de domicile du donateur et le canton ou l'Etat où se trouve l'institution bénéficiaire du don un accord de réciprocité. Si tel n'est pas le cas, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait qu'il existe un réseau international du nom de Transnational Giving Europe (TGE) représenté en Suisse par la Swiss Philanthropy Foundation dont l'objectif est de permettre à certaines conditions de faire des donations exonérées d'impôt à des institutions d'utilité publique se trouvant à l'étranger.

En conclusion, la donation est un instrument complexe non seulement parce qu'il a trait à la fois au droit civil et au droit fiscal, mais également, car en Suisse, les législations fiscales sont différentes dans chaque canton. ■