

Un guide pratique
Créer et gérer des fondations
d'utilité publique en Suisse

CREDIT SUISSE 

Fondations d'utilité publique



Table des matières

Auteurs	4	Stratégie de gestion de fortune et de placement	42
<hr/>			
Préface	6	3.1 La recherche de concepts de placement modernes pour la fortune des fondations	43
<hr/>		3.2 Conditions-cadres juridiques et possibilités de mise en pratique	44
Principes	8	3.3 Priorité 1: Placements à impact et modèles d'encouragement entrepreneurial	45
1.1 Faits et chiffres	9	3.3.1 Niveaux d'évaluation	45
1.2 La fondation, principe juridique particulier du droit privé	10	3.3.2 Types de placements	46
1.3 Motifs de constitution des fondations	11	3.3.3 Critères de recevabilité	47
1.4 Constituer la fondation	12	3.4 Priorité 2: Directives de placement	52
1.4.1 Généralités	12	<hr/>	
1.4.2 Volonté de constitution	14	Les placements durables auprès du Credit Suisse	54
1.4.3 But de la fondation	14	<hr/>	
1.4.4 Fortune de la fondation	18	Gestion des fondations: l'heure est à la modernité	56
1.5 Organisation de la fondation	18	4.1 Un objectif de fondation modulable permet des réinterprétations et une marge de manoeuvre	57
1.6 Protection de la fondation ou «foundation governance»	20	4.2 Le Conseil de fondation doit être capable d'agir et de prendre des décisions	58
1.7 Fondements de droit fiscal	22	4.3 La réalisation d'objectifs requiert du potentiel	59
1.7.1 Exonération fiscale pour les fondations d'utilité publique	22	4.4 L'esprit d'entreprise pour la bonne cause	60
1.7.2 Déduction fiscale pour les fondateurs ou les donateurs	23	4.5 Le succès d'une fondation dépend de ses performances	62
1.8 Fondations faitières	24	4.6 Perspectives	63
<hr/>		<hr/>	
Le Conseil de fondation	26	Recommandations d'action	64
2.1 Désignation, composition et révocation	28	<hr/>	
2.2 Droits et obligations du Conseil de fondation	30	Index des sources et ouvrages complémentaires	68
2.3 Gestion des conflits d'intérêts	31	<hr/>	
2.4 Autonomie d'action du Conseil de fondation	35	Check-list pour la constitution d'une fondation	70
2.4.1 Décisions de base déterminant l'identité et l'évolution de la fondation	35		
2.4.2 Exercice correct du pouvoir discrétionnaire	36		
2.4.3 Interprétation de la volonté du fondateur	38		
2.4.4 Modifications légales	39		
2.5 Questions de représentation et de responsabilité	40		

Auteurs



Dominique Jakob,
professeur et docteur en droit

M.I.L. (Lund), professeur ordinaire de droit privé et directeur du Zentrum für Stiftungsrecht de l'Université de Zurich, consultant indépendant, Zurich

Dominique Jakob, professeur et docteur en droit, M.I.L. (Lund), est depuis 2007 titulaire d'une chaire de droit privé à l'Université de Zurich, où il a créé le «Zentrum für Stiftungsrecht» en 2008 et le «Zürcher Stiftungsrechtstag» en 2010.

Dans ses recherches et son conseil, il s'intéresse au droit national et international des fondations ainsi que sur la planification successorale (internationale) et l'organisation de la gestion de fortune.

Publiciste et conférencier de renom en Suisse et à l'étranger, il est également membre d'organes de diverses institutions et consultant auprès de gouvernements, d'établissements financiers, d'entreprises, de fondations, d'associations, de particuliers et de familles. Il est notamment membre de l' «International Academy of Estate and Trust Law» (TIAETL) et figure depuis 2017 sur la prestigieuse liste «Private Client Global Elite» d' «American Lawyer/Legal Week».

Dominique Jakob est l'auteur des chapitres 1, 2, 3 et 5.

Contact: dominique.jakob@rwi.uzh.ch



Georg von Schnurbein,
professeur et docteur en sciences

Professeur associé en gestion des fondations et directeur du Center for Philanthropy Studies (CEPS) de l'Université de Bâle

Georg von Schnurbein, docteur en sciences politiques, est professeur associé en gestion des fondations et directeur du Center for Philanthropy Studies (CEPS) de l'Université de Bâle, un institut lancé par l'association des fondations donatrices suisses SwissFoundations.

Il a étudié l'économie d'entreprise et les sciences politiques en branche secondaire aux universités de Bamberg, Fribourg et Berne. Georg von Schnurbein est co-éditeur du «Swiss Foundation Code» et du Rapport sur les fondations en Suisse, qui paraît chaque année.

Ses recherches portent sur la gouvernance des organismes d'utilité publique, la mesure de l'impact et la gestion des fondations. Membre de plusieurs Conseils de fondation, il conseille également des fondations sur des questions stratégiques.

Georg von Schnurbein est l'auteur des chapitres 4 et 5.

Contact: georg.vonschnurbein@unibas.ch

Préface

Les fondations d'utilité publique incarnent l'engagement sociétal à long terme. Les valeurs du Credit Suisse reflètent cette approche, raison pour laquelle nous nous engageons activement aux niveaux les plus divers dans ce domaine.

Les fondations d'utilité publique incarnent l'engagement sociétal à long terme. Les valeurs du Credit Suisse reflètent cette approche, raison pour laquelle nous nous engageons activement aux niveaux les plus divers dans ce domaine.

L'intention même du fondateur de promouvoir un objectif philanthropique déterminé témoigne de sa volonté de créer les bases nécessaires pour les générations futures. L'action des fondations se veut ici exemplaire et parfaitement en phase avec son temps. Une fondation a notamment pour vocation de mettre en œuvre les Objectifs de développement durable (ODD) des Nations Unies. Grâce à la combinaison d'expertise technique et de ressources financières, de nombreuses fondations créent une valeur ajoutée sociétale indispensable qui vient compléter les prestations étatiques, ce qui explique sans doute le rôle traditionnellement très important qu'elles jouent dans la société civile suisse.

Des suggestions concrètes et orientées sur la pratique pour la création et surtout la gestion professionnelle d'une fondation revêtent une importance capitale pour sa réussite, et donc pour assumer avec succès la responsabilité publique qu'elle endosse. Dans les échanges avec nos partenaires et clients, les questions relatives à l'action d'une fondation sont omniprésentes. Grâce à l'engagement philanthropique de longue date de notre banque et à notre proximité avec le secteur non lucratif, nous connaissons parfaitement ces thématiques. À l'échelle mondiale, nous travaillons avec quatre fondations d'entreprise et proposons des programmes de formation et de recommandation de collaborateurs à la fonction de membre du Conseil de fondation. En Suisse, nous gérons trois fondations faitières ainsi qu'un large éventail de projets sociaux en collaboration avec quelque 70 organisations d'utilité publique.

C'est dans ce cadre qu'est née l'idée d'élaborer un guide des fondations, qui réponde aux principales questions qui se posent: Quels sont les aspects dont il faut tenir compte lors de la constitution d'une fondation? Comment garantir une gestion efficace et ciblée de la fondation? Quels sont les droits et les obligations d'un membre du Conseil de fondation? Comment régir la gestion de fortune et la gérance de la fondation? Comment optimiser l'effet produit par la fondation? Nous avons tenté de répondre à ces questions avec le concours de deux experts de grande

renommée. Bien que ce guide soit essentiellement consacré aux fondations, les différents aspects évoqués s'appliquent également aux associations d'utilité publique.

Nous sommes ravis de vous présenter la deuxième édition de notre guide des fondations, qui entend vous aider à concrétiser votre propre engagement. Nous nous adressons ainsi aussi à la prochaine génération de philanthropes, qui souhaitent s'investir pour le développement durable tant en matière environnementale que sociétale.

André Helfenstein
CEO
Credit Suisse (Suisse) SA
Membre du Conseil, Credit Suisse Foundation

Laura Hemrika
Head of Corporate Citizenship & Foundations
Credit Suisse AG
Managing Director, Credit Suisse Foundation



1

Principes

- 1.1 Faits et chiffres
- 1.2 La fondation, principe juridique particulier du droit privé
- 1.3 Motifs de constitution des fondations
- 1.4 Constituer la fondation
 - 1.4.1 Généralités
 - 1.4.2 Volonté de constitution
 - 1.4.3 But de la fondation
 - 1.4.4 Fortune de la fondation
- 1.5 Organisation de la fondation
- 1.6 Protection de la fondation ou «foundation governance»
- 1.7 Fondements de droit fiscal
 - 1.7.1 Exonération fiscale pour les fondations d'utilité publique
 - 1.7.2 Déduction fiscale pour les fondateurs ou les donateurs
- 1.8 Fondations faitières

Le chapitre ci-après est consacré au cadre civil et fiscal du droit suisse des fondations. Il présente les concepts de base du droit des fondations, les éléments essentiels de la constitution et de l'organisation d'une fondation ainsi que les aspects pratiques de l'exonération fiscale d'une fondation d'utilité publique.

1.1 Faits et chiffres

En comparaison internationale, la Suisse offre un **environnement extrêmement favorable aux fondateurs* et aux fondations**, qui bénéficient en Suisse comme à l'étranger d'une belle réputation et passent pour être un modèle de réussite. Les principes libéraux du système économique-juridique helvétique ainsi qu'un équilibre harmonieux entre gouvernance juridiquement sûre et libéralisme ouvert sur l'avenir sont les garants de ce remarquable «biotop suisse pour les fondations».

Un coup d'œil aux **chiffres** met en évidence l'importance très significative du secteur des fondations d'utilité publique en Suisse: d'après des enquêtes actuelles, il y avait fin 2020 environ 13 500 fondations d'utilité publique inscrites au registre du commerce. Cette tendance est à la hausse depuis des décennies. Les fondations d'utilité publique de Suisse totalisent des valeurs patrimoniales de l'ordre de 100 milliards CHF. Elles représentent donc une branche importante de l'économie nationale.

En chiffres absolus et **par canton**, c'est Zurich qui compte actuellement le plus de fondations enregistrées (2211). En termes de croissance en revanche, c'est le canton de Genève qui se démarque depuis des années, affichant une croissance nette annuelle moyenne de 3,04% entre 2016 et 2020. Pour ce qui est de la densité des fondations, c'est le canton de Bâle-Ville qui mène le bal, avec environ 45,3 fondations pour 10 000 habitants. Ce chiffre prend toute sa valeur en le comparant avec celui de l'Allemagne: la grande ville qui y affiche la plus forte densité de fondations est en effet Würzburg, avec 9,9 fondations pour 10 000 habitants (état: décembre 2019). Or, cette valeur est à peine supérieure à celle du canton d'Argovie, qui occupe pourtant la dernière place du classement par canton avec 7,0 fondations pour 10 000 habitants. Preuve s'il en est de l'importance du secteur des fondations d'utilité publique en Suisse et de sa position particulière en Europe (pour consulter les chiffres en détail, voir GUGGI/JAKOB/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Rapport sur les fondations en Suisse 2021, pp. 6 ss).

* La forme masculine choisie dans les chapitres suivants s'applique toujours de manière identique à tous les sexes.

1.2 La fondation, principe juridique particulier du droit privé

Le mot «fondation» est tout à fait hétérogène. Il désigne en effet tout à la fois un phénomène, celui du don institutionnalisé, et inclut dans le même temps diverses formes juridiques. La forme de base du droit suisse des fondations est la **fondation autonome «classique»**, une personne morale, qui est régie par les **art. 80 ss** du Code civil suisse (CC) et qui peut aussi bien abriter des fondations d'utilité publique que privée. Il existe d'autres formes particulières de fondations, notamment les fondations ecclésiastiques, les fondations de prévoyance en faveur du personnel et les fondations de placement (au sein desquelles les fondations de prévoyance en faveur du personnel «regroupent» leur fortune), toutes soumises à des dispositions juridiques spéciales.

La **fondation de famille** au sens des **art. 87 et 335 CC** est une autre forme juridique importante de fondation. Jusqu'en 2016, à la différence d'une fondation classique et à titre de véhicule à but purement privé centré sur la famille, la fondation de famille ne nécessitait ni inscription au registre du commerce ni surveillance de la corporation publique. La première de ces deux caractéristiques a été modifiée par le législateur dans le cadre de la «**législation GAFI**» (Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, FF 2014 9465). En conséquence, depuis le 1^{er} janvier 2016, la constitution d'une fondation de famille requiert elle aussi une inscription au registre du commerce. Le délai de transition pour l'inscription des «anciennes fondations» existantes a expiré le 31 décembre 2020. En raison des prescriptions strictes de l'**art. 335 al. 1 CC** et de la jurisprudence restrictive rendue à ce sujet, le champ d'application des fondations de famille est très limité en Suisse – contrairement à ce qui se passe pour les fondations de famille ou les trusts de l'étranger. En particulier, les fondations de famille devraient continuer de ne pas pouvoir servir l'entretien sans conditions des membres de la famille. De ce fait, les organes législatifs examinent actuellement l'opportunité de libéraliser les fondations de famille et/ou d'introduire un trust suisse.

Il est possible de combiner des buts d'utilité publique et des buts privés; toutefois, une telle **fondation mixte** doit toujours remplir les exigences inhérentes à une fondation classique.

Des critères propres permettent de définir si une fondation dont le but est d'utilité publique remplit également les conditions du **statut d'utilité publique sur le plan fiscal** et peut à ce titre bénéficier d'une exonération fiscale (voir point 1.7.1 pour plus de détails).

Signalons par ailleurs qu'il ne doit pas toujours s'agir d'une «fondation propre»: les buts d'utilité publique peuvent tout à fait être atteints par d'autres types de fondation. En marge de dons à des organisations d'utilité publique ou de «co-affectations» à des fondations déjà existantes, citons ainsi les fondations dites non autonomes, que l'on retrouve souvent dans les modèles de fondations faitières. Basées sur une convention – le plus souvent contractuelle – avec une personne physique ou morale, elles sont donc un genre de réplique de nature obligationnelle de la fondation autonome de droit privé décrite ci-dessus (voir point 1.8 pour plus de détails sur les fondations faitières). Les autres alternatives à la fondation sont l'**association**, la **société de capitaux** (d'utilité publique) et la **coopérative**.

Parmi les formes juridiques mises à disposition par le législateur, la fondation se distingue à bien des égards: dans le système des personnes morales du droit privé suisse, la fondation est le seul **établissement (art. 52 CC)**. Concrètement, cela signifie qu'à la différence des personnes morales organisées en sociétés (sociétés de capitaux, associations ou encore coopératives), les fondations n'ont ni membres, ni propriétaires. Elles doivent plutôt être considérées comme une entité patrimoniale organisée qui s'appartient en propre et qui profite directement ou indirectement à un groupe de personnes (les bénéficiaires), sur la base du but de la fondation. Afin de garantir la réalisation de ce but et de la protéger d'agissements concrets de certaines personnes, la fondation sans propriétaire en tant que seule personne morale de droit privé est soumise à la surveillance d'une autorité étatique (l'autorité de surveillance des fondations).

La loi en elle-même ne donne aucune **définition de la fondation aux art. 80 ss CC**. En général, l'on parle de fondation classique pour qualifier une personne morale en possession d'une fortune qu'un fondateur a consacrée à un but spécifique. Avec cette fortune et ce but, la fondation prend naissance en tant que construction juridique autonome et indépendante du fondateur: le fondateur se sépare définitivement de la fortune ainsi allouée, fondateur et fondation sont deux sujets de droit indépendants, et la volonté du fondateur est figée avec l'acte constitutif (principe de séparation et d'immuabilité). Cela étant, le fondateur et la fondation restent liés en permanence l'un à l'autre par le but de la fondation dûment établi par le fondateur (et, le cas échéant, par certains droits d'organisation réservés au moment de la constitution).

1.3 Motifs de constitution des fondations

Impossible de citer un motif «absolu» qui amène à constituer une fondation, tant les personnalités des fondateurs sont différentes, tout comme d'ailleurs leurs motivations respectives (voir à ce sujet GEORG VON SCHNURBEIN, *Motivationen zur Stiftungsgründung*, dans: Jakob/von Orelli (éd.), *Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit*, Zurich 2014, pp. 19 ss).

Certaines fondations voient le jour à la suite d'expériences très personnelles et de coups du sort. D'autres fondateurs souhaitent doter une passion (par exemple l'art) de la plate-forme

qu'elle mérite. Pour d'autres encore, la constitution d'une fondation est l'occasion d'exprimer leur gratitude à la vie et de donner à la société quelque chose en retour. Certains fondateurs en fin ont d'autres moteurs (évidemment légitimes): aspirer à la reconnaissance sociale, laisser un souvenir de leur passage sur terre ou simplement créer quelque chose de durable. Il est rare qu'un seul motif soit à l'origine d'une fondation; dans la plupart des cas, différents motifs s'entremêlent. Dans ce contexte, le conseiller peut avoir la tâche d'identifier les **motivations** en amont de la constitution proprement dite. Aux côtés du futur fondateur, il faut alors déterminer et hiérarchiser l'importance des motifs (partiels) individuels – notamment les uns par rapport aux autres.



De nombreuses fondations florissantes ont un point commun: dès le départ, leurs fondateurs leur ont donné **une stratégie et une vision** claires. Au moment de constituer une fondation, le fondateur doit donc réfléchir à sa motivation

individuelle et analyser ses souhaits d'un œil critique. Sans prétendre être exhaustives, les questions suivantes peuvent l'aider à déterminer les motifs et la motivation qui l'amènent à constituer une fondation:

- Très concrètement, qu'est-ce que je souhaiterais accomplir?
- Quelles considérations sociales, culturelles, médicales, écologiques (etc.) me tiennent particulièrement à cœur? Une/la fondation est-elle en mesure d'apporter une contribution efficace dans ce domaine?
- Une fondation autonome est-elle nécessaire (éventuellement plusieurs?) dans un domaine spécifique? (Pourquoi) mon projet est-il si spécifique qu'à la lumière de ce qui précède, une fondation autonome reste l'option la plus pertinente?
- Supposons que je ne puisse pas fournir suffisamment de capital à mon projet: comment pourrais-je personnellement convaincre des tiers de mettre des fonds à disposition pour réaliser mon idée? Le contenu du projet est-il si crédible qu'il fonctionnerait même sans que j'en sois le fondateur?
- Est-ce que je souhaite que mon nom soit associé à une fondation même après ma mort? Est-ce que je souhaite avoir la certitude, même après ma mort, que la fondation conservera ses caractéristiques essentielles? Dans quelle mesure puis-je m'imaginer faire confiance aux générations futures et les laisser avoir une influence sur les valeurs et les objectifs de la fondation?

1.4 Constituer la fondation

1.4.1 Généralités

Pour profiter de leur jouissance des droits civils, les fondations traditionnelles nécessitent une **inscription** constitutive au registre du commerce, sur la base de **l'acte de fondation** qui doit être remis au moment de la dite inscription (**art. 52 al. 1 et art. 81 al. 2 CC, art. 94 ORC**). Cet acte contient, d'une part, l'acte de constitution unilatéral non sujet à réception (acte constitutif) et, d'autre part, les statuts de la fondation.

L'acte de constitution proprement dit peut être rédigé du vivant du fondateur dans un acte authentique (**art. 81 al. 1 CC**) ou à son décès par disposition dans un testament ou un pacte successoral (**art. 81 al. 1 en relation avec art. 493 CC**). En règle générale, la **constitution d'une fondation entre vivants** est préférable à une **«fondation successorale»**, car le fondateur peut toujours structurer la fondation à sa guise, faire parler la volonté du fondateur, adapter les règlements si nécessaire et tirer parti de l'expiration du délai de réduction de cinq ans au sens du droit successoral (**art. 527 ch. 3 CC**). À

l'inverse, une fondation successorale est l'option appropriée si le fondateur ne souhaite créer la fondation qu'en cas de décès (une réserve, pour ainsi dire), préfère préserver sa confidentialité ou si, dans un cas concret, les délais et la logistique pour établir un acte authentique font défaut (par exemple confinement pendant la pandémie de COVID-19, en cas d'aggravation de la maladie).

Soulignons encore que d'ici 2023, les **réserves héréditaires** des enfants seront réduites de $\frac{3}{4}$ à $\frac{1}{2}$, ce qui, du point de vue du droit successoral, augmentera la marge de manœuvre pour la constitution de fondations.

Les éléments suivants font partie du contenu nécessaire d'un acte de fondation; ils décrivent dans le même temps le **concept suisse de fondation**:

- la volonté de constitution;
- la fortune de la fondation;
- le but de la fondation.

“
De nombreuses fondations florissantes ont un point commun: dès le départ, leurs fondateurs leur ont donné une stratégie et une vision claires.

Au-delà de ces prescriptions obligatoires, le fondateur dispose d'une grande liberté pour structurer et organiser «sa» fondation. C'est ce que l'on appelle la **liberté du fondateur**. Ainsi, le fondateur est par exemple libre de ne décrire l'organisation de la fondation que de façon rudimentaire dans les statuts de la fondation et de

prévoir un règlement (d'organisation) pour la structurer de façon plus détaillée.

Lors de l'élaboration des documents de la fondation, les fondateurs doivent se poser les **questions de contrôle** suivantes:

- Est-ce que je souhaite vraiment constituer une fondation ayant capacité juridique? Serait-il possible de réaliser d'une autre façon mon projet aussi efficacement, voire plus efficacement, par exemple au moyen d'un don ou d'une co-affectation?
- Quel(s) objectif(s) la fondation doit-elle poursuivre? Le but de la fondation est-il assez «intemporel» pour être poursuivi dans la durée? Me procurera-t-il une satisfaction durable en ma qualité de fondateur?
- La fondation doit-elle véritablement poursuivre ses buts sur la durée, ou le projet doit-il être limité dans le temps, par exemple en constituant dès le départ la fondation pour une période limitée ou en épuisant la fortune de la fondation pour en atteindre le but?
- Quelles valeurs patrimoniales vais-je consacrer à la fondation? Les futurs actifs de la fondation ont-ils à mes yeux une signification particulière (immatérielle)? Faudrait-il donc interdire leur vente, ou la permettre seulement dans certains cas (par exemple une collection d'art transférée à une fondation artistique)?
- Puis-je vraiment envisager de me séparer de mon vivant de ce qui pourrait être une part importante de ma fortune dans certaines circonstances? Mes proches et moi-même sommes-nous financièrement à l'abri des imprévus? Ai-je suffisamment pris en compte les éventuelles revendications de mon/ma partenaire ou de mes héritiers réservataires? Le cas échéant, est-il judicieux de ne consacrer qu'une partie de ma fortune à la fondation de mon vivant et de ne mettre le reste à sa disposition qu'après ma mort?
- L'ensemble de mes motifs, souhaits et attentes est-il correctement retranscrit dans les documents de la fondation (statuts, règlements, directives non contraignantes, etc.)?

1.4.2 Volonté de constitution

En premier lieu, la constitution d'une fondation ayant capacité juridique requiert une **volonté de constitution** de la part du fondateur ou, s'il y a plusieurs fondateurs, des fondateurs. Si la fondation est constituée du vivant du fondateur, cette volonté peut généralement être vérifiée sur la base de l'acte de fondation authentique certifié.

La prudence est néanmoins de mise dans le cas de la constitution d'une **fondation par disposition pour cause de mort**, qui est également autorisée au sens de l'**art. 81 al. 1 CC**: de façon à éviter les malentendus, les ambiguïtés ou autres erreurs irréparables. La constitution d'une fondation par testament ou pacte successoral et son intégration dans le contexte global de sa propre **planification successorale** devraient être effectuées à un stade précoce et sur la base d'un conseil professionnel, indépendant et complet.

1.4.3 But de la fondation

Le but de la fondation est son véritable **cœur**. Il confère à la fondation son caractère individuel, constituant ainsi la base de son existence et de son identité. Le succès d'une fondation dépend donc d'une conception à la fois prudente et prévoyante de son but.

Au moment **de définir le but** de sa fondation, le fondateur est en principe libre (liberté du fondateur), même s'il lui faut tout de même respecter les limites générales de l'ordre juridique – en particulier les prescriptions légales obligatoires et les conceptions morales fondamentales. Le but de la fondation traduit en quelque sorte la volonté du fondateur en acte de fondation, puisque le fondateur y pose les bases centrales de la future activité de la fondation. Avec la constitution de la fondation, la volonté du fondateur prend un caractère immuable (principe de l'immutabilité du

but) et devient le point d'ancrage des activités ultérieures de fondation et de surveillance. Dès ce moment, les parties impliquées dans la fondation doivent en principe s'orienter exclusivement au sens de la volonté originelle du fondateur telle qu'elle est exprimée dans le but de la fondation – et non par d'éventuelles variations dudit but.

S'agissant de la formulation du but de la fondation, le **principe de précision** doit être respecté: le fondateur doit définir le but de la fondation de façon à ce qu'il constitue une base suffisante et une ligne directrice orientant les activités futures de la fondation, et qu'il puisse également être contrôlé par la postérité et l'autorité de surveillance. En particulier, les organes de la fondation ne doivent pas avoir la compétence de déterminer de manière arbitraire le but concret de la fondation ou de s'écarter de quelque manière que ce soit de l'intention initiale du fondateur.

Au moment de **consigner par écrit le but de leur fondation**, les fondateurs en viennent généralement à se demander si le but doit être étroit ou plutôt large. Plus il est large, plus la marge de manœuvre des organes de la fondation sera importante lorsqu'il s'agira de le mettre concrètement en œuvre. En outre, les fondateurs ont également la possibilité de prévoir plusieurs buts à poursuivre de manière simultanée ou successive, ou de doter la fondation d'un but général large avec des exemples plus concrets (règles) non exhaustifs en cas de doute. Les formulations de buts plus larges ou en plusieurs parties offrent l'avantage de pouvoir ajuster l'activité de la fondation si les circonstances changent, par exemple si un certain but (partiel) est atteint, devient durablement inaccessible ou tout simplement moins pertinent et efficace. Il faut toutefois évaluer si et dans quelle mesure cette flexibilité accrue du but entre en conflit avec le souhait du fondateur de poursuivre des objectifs très spécifiques et étroitement définis.

Dans sa forme, le but de la fondation peut être d'**utilité publique ou privée**. Des formes mixtes sont également possibles (fondations mixtes), mais elles s'accompagnent d'aspects fiscaux particuliers. Toutefois, le but doit toujours être sans bénéficiaire personnel: en Suisse, à la différence d'autres pays comme la Principauté de Liechtenstein, où il existe un système juridique permettant les fondations privées, il est interdit de constituer une fondation qui poursuit des buts intéressés. Ainsi, le concept de «fondation pour le fondateur» est exclu, tout comme une «fondation à but personnel» qui servirait uniquement à perpétuer la fortune. Les buts politiques sont autorisés dans les limites générales définies.

Depuis un certain temps, on reconnaît en Suisse qu'une fondation peut être constituée non seulement à des fins immatérielles, mais aussi dans des **buts purement économiques**. Une fondation peut ainsi exploiter une société commerciale (fondation d'entreprise), avoir une participation dans une telle société en tant que fondation holding ou la détenir et la diriger en figurant au «sommet du groupe». Utilisées correctement, et notamment dans le cadre de la planification successorale de l'entreprise, les fondations d'entreprise sont un trait d'union entre le désir de continuité et de stabilité économiques d'un côté et les préoccupations et visions sociales du fondateur individuel de l'autre.

Au moment de déterminer le but de leur fondation, les fondateurs peuvent par ailleurs spécifier qu'elle ne sert pas exclusivement ses propres objectifs. En tant que **fondation faitière**, une fondation peut ainsi faire (aussi) office de plate-forme pour mener à bien d'autres projets philanthropiques, par exemple en intégrant des sous-fondations pour la plupart non autonomes (voir point 1.8 pour plus de détails).

Évidemment, dans la pratique, même un fondateur qui aurait tout planifié et aurait été prévoyant ne peut pas se projeter indéfiniment dans l'avenir et penser à toutes les éventualités.

Les circonstances réelles qui ont servi de base à la constitution de la fondation peuvent évoluer et avoir un impact soudain ou insidieux sur l'organisation ou le but de la fondation. Dans un tel cas de figure, la **modification ultérieure de l'organisation** d'une fondation est exceptionnellement possible au sens de l'**art. 85 CC** si elle est impérative à la préservation de la fortune ou du but de la fondation. Si, toutefois, la signification ou l'impact du but initial s'est modifié au fil du temps au point que la fondation s'est à l'évidence éloignée des intentions de son fondateur, alors le **but de la fondation** peut être ajusté aux nouvelles circonstances, en vertu de l'**art. 86 CC**. Conformément à l'**art. 86b CC**, il est possible de modifier très légèrement l'acte, si ledit changement apparaît nécessaire pour des raisons valables et fondées et ne porte pas atteinte aux droits de tiers. Dans tous les cas, la participation de l'autorité de surveillance ou de modification compétente est requise. Les organes peuvent toutefois procéder à des modifications des règlements de manière autonome, dans les limites fixées par les prescriptions statutaires.

En outre, depuis 2006, l'**art. 86a CC** consigne le **droit légitime du fondateur à modifier le but de la fondation**, conséquence d'un assouplissement partiel du principe autrefois strict de séparation et d'immutabilité. Par conséquent, le fondateur lui-même a le droit de demander des modifications du but de la fondation si:

- il s'est expressément réservé ce droit dans l'acte de fondation;
- au moins dix ans se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou depuis la dernière modification du but;
- la fondation conserve son but initial d'utilité publique et donc non soumis à l'impôt une fois la modification du but effectuée.

Le droit de modifier le but de la fondation est très personnel. En d'autres termes, il n'est ni héréditaire ni transférable et expire au plus tard après 20 ans lorsque les fondateurs sont des personnes morales. On envisage actuellement d'étendre cette disposition, de manière à ce que le fondateur puisse également se réserver le droit de modifier l'organisation.



“

Le but de la fondation est son véritable coeur. Il confère à la fondation son caractère individuel, constituant ainsi la base de son existence et de son identité.

1.4.4 Fortune de la fondation

Le type et l'étendue de la fortune de la fondation allouée à la réalisation de son but peuvent, en principe, être librement déterminés par le fondateur. Les valeurs patrimoniales meubles ou immeubles sont envisageables, et notamment les terrains, les espèces, les biens immatériels, les titres ou les créances.

La composition de la fortune doit être appropriée au regard du but poursuivi (**relation but-moyens**). La pratique – parfois critiquée – de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations exige une base de capital minimale de 50 000 CHF et fait office de référence pour de nombreuses autorités de surveillance cantonales. Si la fortune de la fondation s'avère effectivement insuffisante par rapport au but visé, elle doit être transférée à une autre fondation dont le but est aussi proche que possible de celui qui avait été prévu, en application analogue de **l'art. 83d al. 2 CC**. Une fondation qui serait durablement sous-capitalisée n'est ni viable ni particulièrement digne d'être protégée.

Si la fondation est constituée avec un patrimoine initialement insuffisant, mais que ses perspectives sont suffisantes en termes de contributions ultérieures du fondateur (post-affectations) ou de tiers (co-affectations ou dons), il faut supposer que le rapport but-moyens est fondamentalement approprié. Illustrons notre propos avec l'exemple de la base de capital «successive»: un couple de fondateurs constitue une fondation de son vivant et la dote initialement d'une petite fortune, afin de désigner simultanément la fondation comme héritière ou légataire dans le cadre d'un règlement de pacte successoral global (qui inclut le cas échéant des pactes de renonciation à la succession avec les descendants). Les **clauses dites d'alimentation** sont une autre possibilité d'augmenter progressivement la fortune de la fondation: elles permettent à une fondation d'ajouter des revenus à sa fortune sur une certaine période, jusqu'à ce que celle-ci ait atteint un certain niveau.

La contrepartie de l'alimentation est la **consommation ciblée**: au moment de la constitution de la fondation, le fondateur peut également décider s'il souhaite permettre (voire imposer) aux organes de la fondation **d'utiliser dans le but prévu** le capital de la fondation (jusqu'à son utilisation complète), ou si les activités de la fondation doivent être uniquement financées par des revenus courants ou des recettes, la fortune de base devant quant à elle être conservée sur la durée. Si une fondation à capital consommable est privilégiée, ce fait doit être prévu aussi expressément que possible dans la rédaction des

statuts (voir chapitre 3 pour les questions liées **au placement et à la gestion de la fortune**).

Comme nous l'avons déjà mentionné, un futur fondateur doit se demander si la fortune existante ou la perspective de fortune suffit pour un **projet de fondation autonome**. Comme il existe de nombreuses fondations inactives ou au moins inefficaces (car trop petites), une tendance à la consolidation ou à la mise en commun s'observe actuellement (voir point 1.8 sur les **fondations faitières**). Concrètement, au lieu de constituer une toute petite fondation, il peut être judicieux de participer à des projets plus importants déjà existants. Dans le même temps, rassasier même un seul enfant ou permettre à une seule étudiante de poursuivre un cursus est un objectif louable et noble si telle est la volonté du fondateur. Pour information:

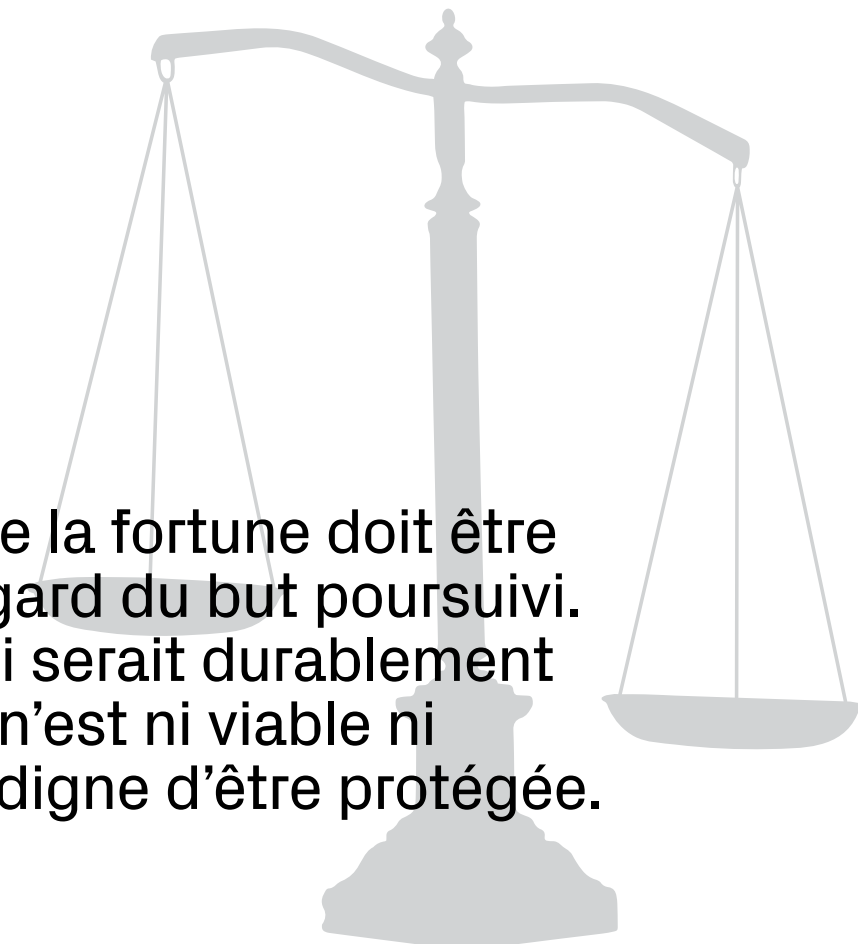
- jusqu'à une fortune d'environ 10 millions CHF, on parle de petite fondation;
- avec une fortune comprise entre 10 et 50 millions CHF, on parle de fondation de taille moyenne;
- ce n'est qu'à partir d'une fortune dépassant le seuil des 50 millions CHF qu'on parle de grande fondation.

(Voir ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Rapport sur les fondations en Suisse 2014, p. 31 entre autres références.)

1.5 Organisation de la fondation

L'organisation constitue le trait d'union («Comment?») entre la fortune de la fondation («Quoi?») et le but de la fondation («Pour quoi faire?»). Les **organes** doivent mener à bien le but de la fondation; eux seuls sont les garants de la capacité d'action et de fonctionnement de la fondation en veillant à ce que les fonds de la fondation soient bien utilisés aux fins prévues, c'est-à-dire que le but de la fondation se concrétise dans ses relations avec l'extérieur.

Le droit suisse des fondations se caractérise par une grande **liberté de conception et d'organisation** du fondateur. Ainsi, les organes de la fondation et le type de gestion sont déterminés par l'acte de fondation au sens de **l'art. 83 al. 1 CC**. Cela étant, le fondateur peut également évoquer l'organisation de la fondation en partie ou en totalité dans un règlement (d'or-



“
La composition de la fortune doit être appropriée au regard du but poursuivi. Une fondation qui serait durablement sous-capitalisée n'est ni viable ni particulièrement digne d'être protégée.

ganisation) écrit. Le **transfert des questions d'organisation** des statuts de la fondation vers les **règlements** hiérarchiquement subordonnés présente l'avantage de faciliter leur modification. En effet, alors qu'une modification de l'acte de fondation nécessite l'implication de l'autorité compétente respective (**art. 85 ss CC**, plus de détails au point 2.4.4), les règlements peuvent être modifiés en toute autonomie par le Conseil de fondation, dans le cadre des prescriptions statutaires. La **désignation d'un organe suprême**, en charge de la gestion et de la représentation de la fondation, est cependant impérative. Cet organe responsable de la gestion et de la représentation (généralement appelé **Conseil de fondation**, et parfois Comité de fondation ou Direction de fondation) engage et habilite la fondation vis-à-vis de tiers (**art. 55 CC**). Le Conseil de fondation peut être composé d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales, le fondateur pouvant lui aussi être un membre de cet organe – ou même le seul.

Conformément à **l'art. 83b CC**, les fondations sont en principe tenues de désigner un **organe de révision** indépendant. Les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille sont déliées de l'obligation de révision (**art. 87 al. 1 bis CC**). De plus, en vertu de **l'art. 83b al. 2 CC** et en relation avec l'ordonnance concernant l'organe de révision des fondations,

les fondations peuvent demander à être libérées de l'obligation de révision (opting-out), pour autant que le résultat du bilan de la fondation soit inférieur à 200 000 CHF sur deux exercices consécutifs. En outre, la fondation ne peut pas solliciter publiquement des dons ou autres contributions et la révision ne doit pas être nécessaire pour une évaluation fiable de la fortune et des revenus de la fondation.

Les fondateurs ont également la possibilité de prévoir **d'autres organes ou fonctions actives**, tels que des directeurs ou des comités au sein du Conseil de fondation, ou encore des organes indépendants d'attribution, d'élection, de conseil et de contrôle (généralement appelés conseils légaux). Souvent, un organe secondaire est composé d'experts reconnus dans le domaine du but concret de la fondation. Cet organe se voit nanti de droits d'intervention ou de veto sur certaines décisions du Conseil de fondation.

Si des **carences dans l'organisation** existent dès le départ ou apparaissent ultérieurement, **l'art. 83d CC** s'applique. Dans ces cas de figure, l'autorité de surveillance doit prendre les mesures nécessaires et définir un délai pour rétablir une situation conforme au droit. En cas de non-respect, l'organe manquant ou un commissaire au sursis concordataire est désigné aux frais de la fondation.

1.6 Protection de la fondation ou «foundation governance»

Un autre point distingue significativement les fondations des autres personnes morales au sens du droit privé suisse: elles sont soumises à la **surveillance de la corporation publique (art. 84 al. 1 CC)**, sauf si ce sont des fondations de famille ou des fondations ecclésiastiques, en raison du déficit de protection habituel de la forme juridique. Contrairement à l'association, il n'y a en effet pas de membres, et contrairement à la société de capitaux, il n'y a pas de propriétaires qui pourraient surveiller les organes exécutifs. En fonction du domaine d'activité géographique et du but de la fondation, ce sont les autorités communales, cantonales ou fédérales qui sont compétentes. Au 1er janvier 2012, le système de surveillance cantonal a été restructuré avec la mise en place d'institutions publiques de surveillance et de concordats multicantonaux (voir à ce sujet ECKHARDT/JAKOB/VON SCHNURBEIN, Rapport sur les fondations en Suisse 2012, pp. 18 ss).

L'autorité de surveillance contrôle que le but de la fondation est réalisé, que la volonté du fondateur est respectée et que la fondation n'est pas mise en danger de quelque manière que ce soit par les organes de la fondation. Afin de pouvoir endosser efficacement ce rôle, l'autorité de surveillance dispose des moyens de contrôle «préventifs» et «répressifs» prévus par le droit administratif (et est également soumise à ses principes, tels que le principe de proportionnalité). L'arsenal des **moyens de surveillance préventifs** comprend notamment: des prescriptions concernant le placement de la fortune ainsi que l'obligation, pour les organes de la fondation, de rédiger un rapport (annuel) et de présenter des règlements ou les modifications de ceux-ci.

Les **moyens répressifs** ont pour objectif de corriger ultérieurement les conséquences négatives des erreurs commises par les organes de la fondation. Sont en particulier envisagés: les mises en demeure, les avertissements, les réprimandes, l'annulation de décisions des organes de la fondation, les mesures de remplacement, les amendes, les poursuites pénales et, dans les cas particulièrement graves, la révocation du Conseil de fondation (voir point 2.5 pour plus de détails).

En ce qui concerne les **mesures souveraines de surveillance**, toujours soumises au principe de proportionnalité, l'autorité de surveillance peut exclusivement procéder à un contrôle de la

légitimité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Conseil de fondation (voir point 2.4.2 pour plus de détails), mais pas de son adéquation (**principe de surveillance juridique**). En d'autres termes, l'autorité de surveillance n'est pas habilitée à substituer son appréciation à celle du Conseil de fondation. Concrètement, une décision du Conseil de fondation justifiable au niveau de son contenu ne peut pas, si le processus de décision s'est révélé correct, être annulée au motif qu'une alternative envisageable était objectivement «plus correcte» ou «meilleure».

En plus de la surveillance externe, le fondateur lui-même peut assurer un **contrôle interne** de sa fondation. Il dispose par exemple des instruments suivants pour garantir un système équilibré de **«checks and balances»**:

- un organe secondaire facultatif;
- des dispositions portant sur les conflits d'intérêts;
- des mécanismes internes sur la composition du Conseil de fondation.

Certes, la surveillance souveraine obligatoire de la fondation ne peut être remplacée ou modifiée en termes de contenu. Toutefois, en optant pour une **conception préventive des statuts**, les fondateurs peuvent concourir à ce que l'autorité de surveillance fasse preuve d'une certaine retenue sur la base du principe de subsidiarité, si et dans la mesure où il existe un système de surveillance et de correction efficace et fonctionnel au sein de la fondation.

Ces réflexions aboutissent finalement à un concept plus large de **«foundation governance»**, qui cherche à atteindre un système de protection complet et à impliquer les différents bénéficiaires de la protection de la manière la plus judicieuse possible. Si un fondateur souhaite agir avec clairvoyance en la matière, il doit se poser deux questions. Premièrement, quels sont les conflits d'intérêts spécifiques susceptibles de se produire dans ma situation et quels mécanismes de gouvernance semblent être pertinents dans le cas concret de ma fondation? Et deuxièmement, à quel niveau doivent se situer les éléments de gouvernance correspondants?

En marge du niveau des possibilités prévues **par la législation**, il faut aussi mentionner le niveau du **fondateur**, qui peut inclure dans la conception de ses statuts des éléments de gouvernance individuels qui lui semblent importants. Sans oublier le niveau des **organes exécutifs**, qui peuvent être amenés à gérer au mieux la fondation grâce à certaines règles de conduite. Celles-ci incluent toutes les mesures qui vont dans le sens des bonnes pratiques des organes de la fondation, ainsi que les codes de foundation governance connus jusqu'à présent, comme le «Swiss Foundation Code», dont le fondateur peut également prescrire la prise en compte de façon plus ou moins stricte dans les statuts.

Le **«Swiss Foundation Code»** est un référentiel créé à l'initiative du secteur privé et basé sur le volontariat, dont la quatrième édition sera publiée courant 2021 et qui contient quatre principes et 28 recommandations. Le Conseil de fondation est bien avisé au moins de passer en revue ce code, pour déterminer si des mesures sont pertinentes pour la fondation, et le cas échéant lesquelles (voir à ce propos SPRE-

CHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, Swiss Foundation Code 2021, Principes et recommandations pour la constitution et la conduite des fondations donatrices, Bâle 2021).

Une foundation governance efficace implique également de déposer un recours auprès de l'autorité de surveillance dès lors qu'un manquement est identifié dans la zone d'influence de la fondation. Ainsi, le droit suisse reconnaît **le recours à l'autorité de surveillance des fondations**, qui passe pour une voie de recours tacite sui generis de **l'art. 84 al. 2 CC**. La possibilité d'introduire un recours doit s'accompagner d'un intérêt de contrôle légitime, qui est cependant interprété de manière étonnamment stricte par les autorités et les tribunaux. Dans tous les cas, une simple **dénonciation auprès de l'autorité de surveillance** est admissible – elle ne donne toutefois aucune qualité de partie (pour en savoir plus, voir JAKOB, Die Schweizer Stiftungs- aufsicht – Grundlagen und Entwicklungen, dans: Eckhardt/Sprecher (éd.), Beste Stiftungsratspraxis – Welche Aufsicht haben und welche brauchen wir?, Zurich 2019, pp. 7 ss).



Recommandations sur les bases du droit des fondations:

- Vérifiez systématiquement si la constitution de la fondation s'inscrit dans les conditions-cadres individuelles de la planification patrimoniale et successorale, si elle peut être intégrée judicieusement dans les éventuelles prétentions liées au droit du régime matrimonial et au droit successoral et si elle laisse une marge de manœuvre face aux aléas de la vie.
- Ayez les idées claires quant aux raisons qui vous amènent à constituer une fondation et réfléchissez, ou demandez conseil, afin de déterminer la meilleure façon de les mettre en œuvre au moment de la conception de votre fondation.
- Songez soigneusement à ce que devrait être le but de votre fondation personnelle et à la meilleure façon de le formuler. Car en définitive, le but de la fondation reflété dans l'acte sera la ligne directrice de toutes les actions futures de la fondation – y compris des vôtres en tant que fondateur.
- Considérez la fortune que vous souhaitez allouer à votre projet de fondation, que vous pouvez raisonnablement réunir et que vous pouvez attendre de tiers; orientez également votre projet de fondation concret selon la fortune de la fondation et optez pour la structure juridique appropriée, de façon à éviter de créer une fondation inefficace ou rapidement obsolète.
- Trouvez une organisation au sein de laquelle vous pouvez concrétiser les possibilités d'engagement qui correspondent à vos idées et à vos capacités professionnelles. Toutefois, prenez aussi des dispositions pour que votre fondation fonctionne sans vous.
- Considérez qu'il est de votre responsabilité de trouver un système de gouvernance interne individuel pour votre fondation qui – en marge de la surveillance externe de la corporation publique – protège au mieux votre fondation et votre volonté des conflits d'intérêts et des manquements.

1.7 Fondements de droit fiscal

Les aspects du droit fiscal revêtent une importance capitale pour une planification à la fois prudente et efficace de la succession et de la fortune. La constitution d'une fondation peut également s'accompagner de **raisons fiscales** et d'implications particulières – le conseil axé sur les aspects de droit civil devrait donc aller dès le départ de pair avec un conseil autour du droit fiscal. Le présent aperçu aborde principalement les impôts sur le revenu et sur le bénéfice ainsi que l'impôt cantonal sur les successions et les donations. Dans la pratique, cependant, d'autres types d'impôts entrent également en compte dans les activités quotidiennes d'une fondation: l'impôt sur les gains immobiliers, la taxe sur la valeur ajoutée ou l'impôt anticipé.

1.7.1 Exonération fiscale pour les fondations d'utilité publique

En matière d'aspects de droit fiscal, les fondations privées (telles que les fondations de famille ou les fondations d'entreprise à but purement économique) sont traitées de la même manière que les autres personnes morales et ne bénéficient donc pas d'avantages fiscaux.

Pour ce qui est d'un **modèle de fondation mixte**, qui mêle buts d'utilité publique et d'autres buts non privilégiés, une exonération fiscale partielle peut être envisagée dans certains cas. La pratique fiscale requiert alors une comptabilité séparée et clairement délimitée (compte des secteurs). Cela étant, la pratique des autorités fiscales sur ce point semble s'être peu à peu globalement tendue et l'exonération fiscale partielle est en train de tomber en désuétude.

Contrairement aux fondations privées, les **fondations d'utilité exclusivement publique** profitent d'**avantages fiscaux** étendus; en vertu de l'**art. 56 let. g LIFD**, elles sont notamment exonérées de l'assujettissement à l'impôt sur le bénéfice exclusivement et irrévocablement affecté à ces buts d'utilité publique. Il en va de même pour les impôts cantonaux sur le bénéfice et le capital (**art. 23 al. 1 let. f LHID**). Au sens de l'**art. 56 let. g LIFD**, l'acquisition et l'administration de participations en capital importantes dans des entreprises revêtent un caractère d'utilité publique lorsque l'intérêt au maintien de l'entreprise est subordonné au but d'utilité publique et qu'aucune activité de direction n'est exercée.

Compte tenu du peu de réglementations sur l'imposition des fondations d'utilité publique, la **pratique des autorités fiscales cantonales** est d'une importance décisive. Pour l'essentiel, les autorités fiscales se réfèrent – même si ce n'est pas toujours de manière uniforme – à la

circulaire n° 12 de l'Administration fédérale des contributions sur l'exonération de l'impôt pour les personnes morales; datant de 1994, elle est désormais quelque peu dépassée (peut être consultée à l'adresse <http://www.estv.admin.ch>). En raison notamment de cette faible densité de normes et du grand pouvoir d'appréciation des autorités, les aspects fiscaux d'un projet de fondation sont souvent fonction d'un équilibre individuel avec les autorités fiscales. Une clarification préliminaire informelle est presque toujours à préconiser. Si un projet de fondation est indépendant du canton, il est également possible de procéder à une «élection de juridiction» légitime, autrement dit de trouver, parmi les différentes possibilités, une autorité fiscale cantonale favorable au projet en question.

Pour satisfaire au **concept fiscal de fondation d'utilité publique**, deux conditions particulières doivent être remplies de manière cumulative: d'une part la promotion de l'intérêt général et d'autre part le désintéressement de l'activité exercée.

Ce sont les conceptions générales de la population qui permettent de juger de l'**intérêt général** d'un but. En principe, les activités dans les domaines de la charité, de l'humanitaire, de la promotion de la santé, de l'écologie, de l'éducation, de la science et de la culture ne posent aucun problème. Par ailleurs, la pratique fiscale exige un cercle ouvert de bénéficiaires: en général, une définition trop étroite du groupe de personnes susceptibles de bénéficier des prestations de la fondation – par exemple en le limitant aux employés d'une entreprise concrète, aux membres d'une association en particulier ou au personnel d'une profession précise – exclut donc la reconnaissance en tant que fondation d'utilité publique.

L'intérêt général quant à lui ne se limite pas à la Suisse et peut également être satisfait par des **activités de la fondation à l'étranger**. De ce fait, une fondation peut en principe être exonérée de l'impôt même si elle n'est pas active en Suisse, mais partiellement ou exclusivement à l'étranger – par exemple en exerçant une activité de promotion, pour autant que cette activité spécifique apparaisse digne d'être encouragée du point de vue de la société suisse dans son ensemble. Une fois encore, la pratique des cantons n'est pas uniforme en la matière, de sorte qu'une clarification précoce avec les autorités fiscales est indispensable.

Du point de vue des autorités fiscales, une activité est **désintéressée** dès lors qu'elle n'est pas liée aux intérêts économiques ou personnels de la personne morale ou de ses membres (ou de personnes proches). Ce qu'il faut bien davantage, c'est un «sacrifice» de la fondation, et même des organes agissant en son nom. En

particulier, les membres du Conseil de fondation doivent en principe travailler pour la fondation à titre bénévole: un remboursement des frais est autorisé, mais une rémunération adaptée au marché des membres du Conseil de fondation est en revanche considérée comme préjudiciable à l'utilité publique. Cette vision obsolète et restrictive du désintéressement fait l'objet de nombreuses critiques au sein des fondations, en théorie comme en pratique: exiger une activité bénévole sans tenir compte du cas par cas et des circonstances spécifiques ne reflète pas les modifications des conditions-cadres juridiques, réglementaires et financières de la réalité actuelle des fondations. Au contraire: cette pratique fait obstacle à la professionnalisation nécessaire du secteur. Cela dit, la prudence reste de mise à cet égard pour ne pas mettre en péril le statut d'utilité publique de la fondation. La rémunération des prestations subrogatoires, c'est-à-dire celles qui n'ont pas directement trait à l'activité du Conseil de fondation, est quant à elle en principe autorisée. Autrement dit, si un membre du Conseil de fondation œuvre pour la fondation par-delà l'exécution du mandat de l'organe, il peut être rémunéré de manière appropriée pour cette activité – et donc d'une façon adaptée au marché (par exemple si un avocat qui siège au Conseil de fondation représente la fondation lors d'un procès) (voir à ce propos OPEL, Ehrenamtlichkeit als Voraussetzung der Steuerbefreiung – ein alter Zopf?, StR 74/2019, pp. 84-94).

Le désintéressement est également menacé si la fondation poursuit un **but lucratif**. Si ce constat semble logique, il peut devenir un épineux **problème de délimitation**, par exemple dans le cas de modèles d'encouragement entrepreneurial ou de classification des bénéfices obtenus d'une participation au capital d'une entreprise (voir point 3.2 sur le placement de la fortune des fondations).

Si une fondation d'utilité publique obtient le statut d'institution exonérée de l'impôt, elle est dispensée de payer l'impôt sur le bénéfice au niveau fédéral et **l'impôt sur le bénéfice et le capital** au niveau cantonal. En conséquence, les revenus non matériels consacrés à des buts exonérés d'impôts ne sont pas imposés. Cela inclut notamment:

- les dons;
- les co-affectations;
- les post-affectations;
- les legs;
- les héritages;
- les revenus provenant de la gestion de la fortune de la fondation (notamment dividendes, intérêts ou revenus locatifs).

Il serait erroné de penser que les fondations d'utilité publique ne sont généralement pas imposées. Elles peuvent effectivement être exonérées de l'impôt sur le bénéfice et sur le capital (pour autant que toutes les conditions soient réunies), mais il existe de nombreux **autres types d'impôts**. Il est donc nécessaire d'examiner au cas par cas si, pour un impôt donné, des dispositions spéciales (circonstances privilégiées ou dérogations) sont prévues pour les institutions d'utilité publique. Par exemple, le statut d'utilité publique d'un sujet fiscal n'a aucun impact sur l'impôt sur les gains immobiliers: pour preuve, si une fondation d'utilité publique vend un terrain appartenant à la fortune de la fondation et réalise ce faisant un bénéfice, un impôt sur les gains immobiliers sera bien prélevé – même si la fondation est exonérée de l'impôt sur le bénéfice et sur le capital. La taxe sur la valeur ajoutée est également un cas fiscal particulier où le statut d'utilité publique ne conduit pas automatiquement à un traitement de faveur.

1.7.2 Déduction fiscale pour les fondateurs ou les donateurs

En principe, les dons à des institutions d'utilité publique suisses sont exonérés de **l'impôt sur les successions et donations** prélevé au niveau cantonal. En l'absence d'une description uniforme de l'exonération fiscale dictée par un statut d'utilité publique, il convient toutefois, en amont de la constitution d'une fondation, de systématiquement consulter les dispositions pertinentes en matière d'impôt sur les successions et les donations et, en cas de doute, de consulter les autorités afin de s'assurer que les conditions spécifiques sont remplies.

Si une fondation d'utilité publique est exonérée d'impôt, les donateurs (le fondateur ou des tiers) qui font des contributions volontaires à la fondation sous forme d'argent ou d'autres valeurs patrimoniales bénéficient d'une **déduction fiscale** sur leurs impôts sur le revenu et le bénéfice. Au sens du droit fiscal, les contributions volontaires comprennent les dons ainsi que les dotations à la fondation, les post-affectations et les co-affectations.

Pour les **personnes physiques**, les prestations en espèces et en nature sont déductibles du revenu au niveau fédéral conformément à l'**art. 33a LIFD** au-delà d'un seuil de 100 CHF par année fiscale. Le seuil absolu de déduction est de 20% du revenu imposable diminué de certaines dépenses (**art. 26-33a LIFD**). Les cantons fixent quant à eux de manière autonome la déduction fiscale maximale autorisée par le droit fiscal cantonal et communal, avec des niveaux de seuil de 5% à 20% (la plupart du temps) du revenu imposable diminué de

certaines dépenses déductibles. Le canton de Bâle-Campagne, qui prévoit une déduction fiscale illimitée, constitue une exception en la matière.

Au niveau fédéral, les **personnes morales** peuvent elles aussi déduire jusqu'à concurrence de 20% de leur bénéfice net (avant déduction de ces contributions) des contributions volontaires à des fondations d'utilité publique, à titre de charges justifiées par l'activité commerciale (**art. 59 al. 1 let. c LIFD**). De même, les lois fiscales cantonales applicables aux personnes morales prévoient une déduction fiscale au montant limité dans tous les cantons (à l'exception, là encore, de Bâle-Campagne).

S'agissant des avantages fiscaux des dons à des fondations d'utilité publique, tant le droit fiscal fédéral que les lois fiscales cantonales exigent que la fondation d'utilité publique soit **domiciliée en Suisse**. Ainsi, si une personne physique ou morale assujettie à l'impôt en Suisse souhaite constituer une institution d'utilité publique domiciliée à l'étranger ou faire un don ou une co-affectation à une telle institution, aucune déduction fiscale n'est accordée en Suisse. Afin d'au moins atténuer dans la pratique cette différenciation fiscale entre la promotion des institutions en Suisse et à l'étranger, les fondateurs et les donateurs peuvent dans certains cas faire appel à un réseau international de fondations, moyennant

paiement. Au préalable ce faisant, et afin d'obtenir les résultats souhaités le plus efficacement possible, ils seront bien avisés de faire appel à un conseil en matière de droit civil et de droit fiscal.

1.8 Fondations faitières

Les fondations faitières ont gagné en popularité ces dernières années. Cet essor est fondé sur le concept important de coopération dans le domaine des fondations et, partant, sur la conclusion qu'une fondation ne doit pas forcément être personnelle et autonome – surtout dans le cas de projets de petite taille ou de courte durée. La **fondation faitière** est une forme particulière créée dans la pratique de fondation ayant capacité juridique, au sens des **art. 80 ss CC** et qui, symboliquement parlant, fait office de structure protectrice ou porteuse de fondations généralement dépendantes ou (plus rarement) autonomes. L'une des caractéristiques de la fondation faitière est qu'elle prend en charge des tâches organisationnelles et administratives pour ses différentes sous-fondations. Les activités d'encouragement et la gestion de la fortune sont également souvent mises en commun.

En règle générale, les sous-fondations d'une telle fondation faitière sont des **fondations dépendantes** (parfois aussi appelées **fonds** ou **co-affectations**) qui n'ont pas de capacité juridique et qui ont besoin d'une tierce partie faisant office d'entité juridique pour les gérer. Elles sont créées du vivant d'une personne au moyen d'un contrat écrit sous la forme d'une donation sous condition ou (plus rarement) d'une convention fiduciaire; il est également possible de les constituer par disposition pour cause de mort, par le biais d'une institution d'héritier ou d'un legs sous condition. Le fondateur de la sous-fondation peut en définir le **nom** (par exemple fonds XY) et le **but**, lequel ne doit pas aller à l'encontre du but de la fondation faitière. La sous-fondation n'étant pas une personne morale autonome, son exonération fiscale dépend de celle de la fondation faitière. Si toutefois la sous-fondation ne poursuit pas un but d'utilité publique, alors l'exonération fiscale est exclue ou limitée pour la fondation faitière dans tout ce qui a trait à cette sous-fondation sans but d'utilité publique.

L'absence de jouissance des droits civils de la sous-fondation a également un impact sur sa **fortune** et son **organisation**: d'une part, la sous-fondation n'a pas de fortune propre. En réalité, l'ensemble de la fortune est la propriété de la fondation faitière, qui doit évidemment l'utiliser dans le but prévu, conformément aux conditions ou à la convention (ou au **règlement de la sous-fondation/du fonds** y relatif). Et

d'autre part, la sous-fondation n'a pas d'organes propres: les organes de la fondation faitière agissent en son nom. Afin de donner à la sous-fondation une certaine autonomie et de garantir la participation des sous-fondateurs, il est cependant possible de mettre en place des «comités» et de déléguer certaines tâches de contrôle ou certains pouvoirs administratifs. Un simple droit d'intervention du sous-fondateur peut également être convenu. Pour ce qui est de l'établissement des droits et des obligations, c'est toujours la fondation faitière qui interagit avec l'extérieur, puisqu'elle seule a capacité juridique. La sous-fondation dépendante est indirectement soumise à une surveillance, concrètement dans le cadre de la surveillance de la fondation faitière.

Les sous-fondations dépendantes peuvent être une **alternative** à une fondation propre (autonome). Pour les fondations dotées d'une fortune moins importante, en particulier, les fondations faitières qualifiées se révèlent un véritable soutien à l'heure d'atteindre efficacement un but. Grâce à la mise en commun de la fortune, les frais de gestion de celle-ci restent bas et les revenus sont optimisés, ce qui permet d'améliorer la performance du financement. En outre, les fondations faitières sont une bonne option lorsque le fondateur préfère une fondation simple, ne veut pas s'infliger les contraintes de temps, les charges administratives et le poids financier qu'implique une fondation autonome, souhaite tirer parti de l'expérience, du professionnalisme et du savoir-faire de la fondation faitière ou désire dans un premier temps tester le concept de sa fondation. Les avantages d'une sous-fondation sont multiples: constitution facile,

aucune fortune minimale nécessaire, utilisation plus rapide des fonds, absence de surveillance directe, modification plus facile de l'organisation et du but ainsi que dissolution plus simple de la fondation.

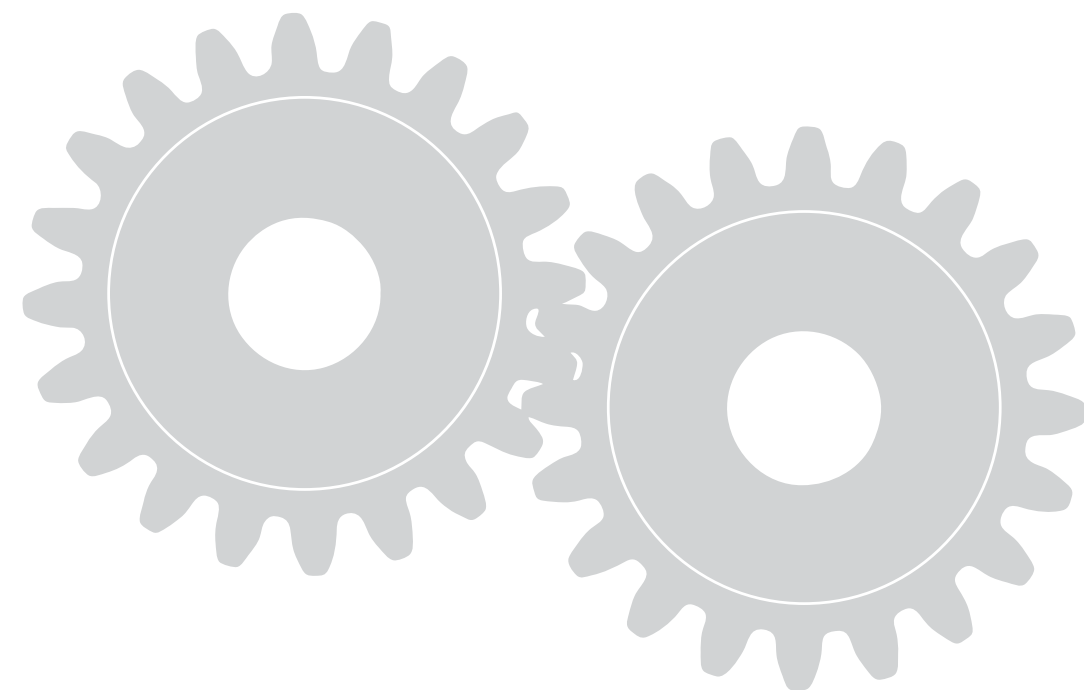
Outre les sous-fondations dépendantes, des **sous-fondations autonomes** peuvent également rejoindre une fondation faitière. En termes d'organisation, la fondation faitière peut par exemple assumer le rôle d'un siège administratif si la sous-fondation est placée sous sa gestion sur une base contractuelle. Comme les sous-fondations autonomes disposent de leur propre capacité juridique, la fortune de la fondation faitière et celle de la sous-fondation sont en principe séparées. Cela étant, la fortune peut être gérée par la fondation faitière par le biais d'un mandat de gestion de fortune. Notons encore que les sous-fondations autonomes sont directement surveillées par l'autorité étatique de surveillance des fondations.

Pour conclure, même une fondation «normale» peut **de fait** devenir une «fondation faitière» si, dans le cadre de ses prescriptions statutaires, elle est susceptible d'intégrer et d'héberger une fondation dépendante. Les grandes fondations universitaires illustrent à merveille notre propos. (Pour en savoir plus sur les fondations faitières, voir SPRECHER/STUDEN, Kooperation unter einem Dach – zur Funktionsweise der Dachstiftung, successio 2014, pp. 36-53; STUDEN/GEINOZ, Zweckgebundene Mittel und Stiftungsartige Vermögensbindungen, Terminologie und Grundlagen (1^{re} partie), EF 3/18, pp. 172 ss ou EF 4/18, pp. 272 ss.)



Recommandations sur les bases du droit fiscal:

- Ne pensez pas exclusivement à l'impact fiscal – commencez toujours par planifier les aspects de droit civil avant de passer à ceux de droit fiscal: votre projet doit fonctionner sur le plan du droit civil et le résultat doit faire sens sur la durée en termes de droit des fondations. Il pourra ensuite être optimisé au niveau du droit fiscal.
- Lors de toute constitution de fondation reposant sur un statut d'utilité publique, les critères d'exonération fiscale doivent être clarifiés au préalable avec les autorités fiscales.
- Pour les projets de fondation ayant un rapport avec l'étranger, il faut redoubler de prudence et recourir dans tous les cas à un conseil compétent.



2

Le Conseil de fondation

- 2.1 Désignation, composition et révocation
- 2.2 Droits et obligations du Conseil de fondation
- 2.3 Gestion des conflits d'intérêts
- 2.4 Autonomie d'action du Conseil de fondation
 - 2.4.1 Décisions de base déterminant l'identité et évolution de la fondation
 - 2.4.2 Exercice correct du pouvoir discrétionnaire
 - 2.4.3 Interprétation de la volonté du fondateur
 - 2.4.4 Modifications légales
- 2.5 Questions de responsabilité

En sa qualité d'organe suprême, le Conseil de fondation met en œuvre les prescriptions du fondateur. Les explications ci-après illustrent les conditions-cadres juridiques des actions du Conseil de fondation et mettent en évidence les droits et les obligations du Conseil de fondation, l'étendue et la portée de son autonomie ainsi que les questions de responsabilité.

Comme expliqué plus haut, le Conseil de fondation est l'organe suprême d'action et de représentation d'une fondation. Toutefois, il est essentiel de comprendre que, contrairement aux organes des personnes morales structurées en société (par exemple l'assemblée d'une association ou l'assemblée générale d'une société anonyme), le Conseil de fondation n'est pas un organe de formation de la volonté, mais un simple **organe exécutif**. En principe, le Conseil de fondation ne constitue pas un organe autonome exprimant une volonté, mais est chargé de mener à bien la volonté originelle du

fondateur telle qu'elle s'exprime dans le but de la fondation. Cette volonté est la ligne directrice suprême des activités du Conseil de fondation. L'autonomie de celui-ci se limite ainsi à:

- exercer correctement le pouvoir discrétionnaire dont il dispose dans le cadre de l'exécution du but de la fondation (voir point 2.4.2);
- interpréter la volonté originelle du fondateur de manière correcte et actuelle;
- développer la fondation de manière appropriée.

Ces principes s'appliquent également si le fondateur est (le seul) membre du Conseil de fondation. Même dans ce cas de figure, le fondateur agit en tant que Conseil de fondation et doit mener à bien sa volonté initiale.

2.1 Désignation, composition et révocation

Le Conseil de fondation peut se composer d'une ou de plusieurs **personne(s) physique(s)** et est inscrit nommément au registre du commerce. Au moment de la constitution de la fondation, le fondateur peut – et devrait – préciser (le cas échéant au niveau du règlement) les détails portant sur la durée du mandat, la désignation, la composition et la révocation des membres. Il évite de cette manière les incertitudes et les conflits d'intérêts. Dans l'exercice de sa liberté du fondateur, il peut:

- se nommer au Conseil de fondation;
- prévoir un droit de nomination à vie le concernant;
- désigner un organe électoral;
- édicter des critères formels ou matériels d'admission au Conseil de fondation (par exemple une approbation ou une nationalité spécifique);
- prescrire des règles d'incompatibilité spéciales (voir point 2.3).

Si le fondateur souhaite permettre une **rémunération** des membres du Conseil de fondation, il est judicieux d'inclure une autorisation expresse à ce propos dans les statuts ou les règlements. Dans le même temps, il lui faut veiller à ce que le statut fiscal d'utilité publique de la fondation n'en soit pas affecté (voir point 1.7.1).

En principe, le **mandat au sein du Conseil de fondation** est indissociable de la personne nommée (**ad personam**); de même, la fonction de membre du Conseil de fondation n'est ni transférable à des tiers ni héréditaire sans un ordre explicite du fondateur. Le fondateur peut également prévoir des réglementations en vertu desquelles une personne en particulier (président d'un Conseil d'administration, doyen de faculté

ou encore maire de commune) siège au Conseil de fondation en vertu de sa fonction ou de son mandat (membres «de droit» du Conseil de fondation). Afin d'éviter des incertitudes juridiques, il faudrait stipuler expressément dans ces cas de figure si le mandat au Conseil de fondation est accessoire et s'achève automatiquement dès que ladite fonction ou ledit mandat prend fin. La fonction de membre du Conseil de fondation doit elle aussi être exercée en **personne**. Si une suppléance reste possible pour certains actes juridiques et certaines réunions, une cession de facto à un tiers du poste au sein du Conseil de fondation n'est ni autorisée ni recommandée dans l'intérêt de la fondation ou du Conseil de fondation. Il en va de même pour une absence prolongée d'un membre du Conseil de fondation.

Si aucune disposition expresse n'a été spécifiée par le fondateur, le Conseil de fondation se constitue et se complète lui-même (**cooptation**). Dans le sillage des obligations d'agir et des obligations juridiques associées au mandat en tant que membre du Conseil de fondation, l'admission au sein du Conseil de fondation requiert l'**acceptation** du membre du Conseil de fondation (à notifier au registre du commerce).

Le droit suisse des fondations ne connaît pas de **dispositions ou règles d'incompatibilité légales**. Par conséquent, le fondateur lui-même, ses proches parents et ses bénéficiaires peuvent siéger au Conseil de fondation. Cela dit, un fondateur est libre d'exclure certaines personnes ou des groupes de personnes de l'exercice d'un mandat au Conseil de fondation en ajoutant ses propres règles d'incompatibilité explicites aux statuts ou aux règlements. À l'inverse, il peut également fixer des critères d'admission spécifiques. Bien entendu, des conflits d'intérêts peuvent survenir ad hoc, même lorsque le Conseil de fondation a été correctement constitué (voir point 2.3). Le Conseil de fondation doit alors réagir en appliquant scrupuleusement les règles générales de récusation, que le fondateur peut également préciser dans les documents de la fondation.

La primauté de la volonté du fondateur s'applique également dans les **modalités de révocation**. C'est ainsi au fondateur qu'il appartient de fixer des directives spécifiques pour la destitution des membres du Conseil de fondation et de prévoir une certaine procédure. Mais si les dispositions statutaires ou réglementaires n'ont pas été dûment édictées, le Conseil de fondation doit procéder selon des principes généraux. En cas de doute, le droit des associations peut être utile. Une révocation officielle du Conseil de fondation peut être envisagée en dernier recours si:

- un comportement n'est plus acceptable au regard de l'activité conforme à la loi et aux statuts de la fondation;
- l'utilisation conforme au but de la fortune de la fondation est perturbée ou menacée;
- d'autres mesures moins drastiques ne promettent aucun résultat.

À cet égard, l'accent n'est pas mis sur un comportement coupable de la part du Conseil de fondation, mais exclusivement sur une **situation dangereuse** pour la fondation. Ainsi, même un Conseil de fondation agissant au mieux de ses connaissances et en toute bonne foi peut exceptionnellement être révoqué si c'est le seul moyen de préserver les intérêts de la fondation.

Dans ce contexte, le **litige autour de la «Fondation Stefanini»** a fait sensation. Alors que le fondateur était frappé d'une incapacité de discernement, ses enfants ont pu – comme le prévoyaient expressément les statuts – élire le Conseil de fondation et se nommer eux-mêmes nouveaux membres de celui-ci. Dans le même temps, le Conseil de fondation en place a quant à lui tenté de modifier les statuts et de substituer la clause de nomination en faveur des enfants par une clause de cooptation. Le Tribunal fédéral a estimé que le système de cooptation n'était pas clairement plus adapté que la clause de nomination pour préserver le but de la fondation et qu'à ce titre, la modification des statuts n'était donc pas absolument nécessaire (ce que présuppose toutefois l'**art. 85 CC**). Un système de gouvernance mieux équilibré aurait permis d'éviter cette bataille juridique de longue haleine. (voir ATF 144 III 264)

2.2 Droits et obligations du Conseil de fondation

Organe de gestion, de direction et de conduite, le Conseil de fondation a le droit et l'obligation de gérer les affaires de la fondation en se conformant aux prescriptions légales et statutaires et de la représenter vis-à-vis des tiers (créanciers, débiteurs, partenaires de projet, donateurs, bénéficiaires, autorités, tribunaux, etc.) (**art. 55 CC**). Un contrat d'engagement relevant du droit des obligations est parfois conclu entre la fondation et le membre du Conseil de fondation. Ce n'est évidemment pas une manière de remplacer les droits et les devoirs des organes mais, le cas échéant, une façon de compléter ceux-ci.

Il faut toutefois souligner que les **art. 80 ss CC** ne réglementent pas de **manière exhaustive et concrète les droits et obligations** du Conseil de fondation. De ce fait, le type et la portée des droits et obligations doivent à tout le moins se modeler également selon la structure organisationnelle, fonctionnelle et effective de chaque fondation. En fonction de sa structure et de sa taille, le Conseil de fondation peut endosser différents rôles: celui d'organe stratégique de planification clairvoyant, en charge des «grandes lignes» de l'organisation et qui délègue les questions concrètes de conception à un bureau ou à une direction; ou à l'inverse, il peut aussi s'occuper seul des affaires courantes et être le seul interlocuteur pour toutes les questions.

Fondamentalement, les **tâches** du Conseil de fondation peuvent être subdivisées en trois catégories principales, composées à leur tour d'une multitude de sous-tâches:

- l'obligation de faire un usage optimal des fonds et, partant, l'obligation de poursuivre le but de la fondation;
- l'obligation de bien gérer les fonds;
- l'obligation de tenir des livres et de présenter des comptes, y compris l'obligation d'établir et d'approuver des comptes annuels.

Les **obligations générales dans le domaine du droit fiscal**, telles que la remise des déclarations d'impôts, ainsi que dans celui du **droit des assurances sociales** (y compris l'inscription des collaborateurs auprès des autorités compétentes et le versement de cotisations aux assurances sociales, dont le Conseil de fondation peut même être tenu pour personnellement responsable au sens de **l'art. 52 al. 2 LAVS**) sont particulièrement importantes.



Qui plus est, la **réforme du droit de la société anonyme** (entrée en vigueur prévue en 2022) a introduit deux nouvelles obligations spécifiques pour le Conseil de fondation: l'obligation d'information en cas de risque de surendettement ou d'insolvabilité (**art. 84a al. 4 nCC**) et le devoir de publier les rémunérations du Conseil de fondation et d'une éventuelle direction (**art. 84b nCC**).

Les **devoirs généraux de diligence** exigent des membres du Conseil de fondation qu'ils soient informés de manière adéquate des questions pertinentes au sein de la fondation. Ils doivent ainsi, entre autres, préparer les réunions périodiques du Conseil de fondation, y assister régulièrement ou, en cas d'empêchement, s'informer en temps voulu des points de l'ordre du jour et, en particulier, des décisions adoptées. Par ailleurs, les membres du Conseil de fondation peuvent être soumis à des devoirs particuliers de fidélité envers la fondation, envers les autres membres, mais aussi à l'égard de tiers (par exemple obligation de discrétion et obligation de garder le secret).

Dans la réalité actuelle d'une fondation, un Conseil de fondation doit composer avec de **nombreux défis** qui requièrent notamment diverses connaissances et compétences: aspects financiers, questions liées aux projets, encadrement du personnel ou encore problèmes juridiques. Sans compter les exigences réglementaires sans cesse croissantes. C'est la raison pour laquelle, au sein de l'organe collectif qu'est le Conseil de fondation, différents domaines d'activité peuvent être constitués et attribués à des membres qualifiés (ou, dans le cas de Conseils de fondation plus importants, à des **comités** ou **commissions**). Dans le même temps, le Conseil de fondation n'est pas nécessairement livré à lui-même au moment d'accomplir ses différentes tâches: il peut solliciter des tierces parties externes et leur déléguer certaines tâches

(par exemple pour la gestion et le placement de la fortune, voir point 3.3). Dans ces cas de figure, le Conseil de fondation est en charge de procéder avec toute la minutie et la régularité requises à un contrôle et à un suivi des activités. En sa qualité d'organe suprême, c'est en effet à lui de s'assurer que la gestion de la fondation est bien correcte et conforme à son but (voir point 2.5 pour les questions de responsabilité dans la délégation des tâches). Il en va de même, en principe, pour ce qui est de la surveillance des différents membres en cas de répartition interne des tâches au sein du Conseil de fondation.

2.3 Gestion des conflits d'intérêts

Dans la pratique des fondations, la question de la gestion des **conflits d'intérêts** revient souvent. Il y a conflit d'intérêts si, lors d'une prise de décision au sein du Conseil de fondation ou à la conclusion d'un acte juridique, un membre du Conseil de fondation est exposé à la fois aux intérêts de la fondation et à ses propres intérêts, aux intérêts de tiers ou à d'autres intérêts et si, à la lumière d'intérêts qui ne vont pas nécessairement dans le même sens, le membre concerné de l'organe directeur risque de ne pas se laisser uniquement guider par les intérêts de la fondation lors de la prise de décision (par exemple la vente à la fondation d'une propriété appartenant à l'épouse dudit membre du Conseil de fondation).

À la constitution d'une fondation, les fondateurs devraient prévoir des **instruments** permettant de définir et, si possible, d'éviter les conflits d'intérêts pertinents (par exemple en ancrant le principe du double contrôle lors de la conclusion d'actes juridiques, ou en recourant en temps voulu au conseil d'experts indépendants). En outre, il faut veiller à garantir une approche appropriée et échelonnée des conflits d'intérêts. À cet égard, exiger des membres du Conseil de fondation qu'ils fassent rapidement toute la

“

Les devoirs généraux de diligence exigent des membres du Conseil de fondation qu'ils soient informés de manière adéquate des questions pertinentes au sein de la fondation.



transparence sur les conflits d'intérêts vis-à-vis des autres membres est déjà un grand pas en avant. Dès qu'une discussion à ce propos est engagée, le Conseil de fondation devrait se pencher sur tous les aspects de la question pour savoir si un conflit d'intérêts existe bel et bien dans un cas précis. S'il est confirmé, les documents de la fondation peuvent, par exemple, stipuler un devoir de récusation et retirer le droit de vote au membre du Conseil de fondation concerné dans le cadre du processus de décision. Enfin, il faut veiller à ce que les principales considérations et la décision elle-même soient suffisamment documentées par écrit, de façon à justifier d'une manière transparente et compréhensible les fondements de la décision en cas de litige.

En cas de doute sur l'existence d'un conflit d'intérêts, le membre du Conseil de fondation concerné doit envisager de se mettre en retrait. Cela permet d'éviter dès le départ l'impression d'un comportement «répréhensible». Si les doutes ne peuvent pas être complètement dissipés en amont de la décision (par exemple dans le cas d'un Conseil de fondation composé d'une seule personne), il convient de veiller à ce qu'un acte juridique satisfasse au **principe de la comparaison objective** entre tiers et qu'il soit effectué aux conditions normales du marché.

En l'absence de dispositions sur la gestion des conflits d'intérêts dans les documents de la fondation, il convient de respecter les principes généraux du droit, en particulier les critères relatifs aux **contrats avec soi-même**. Notons néanmoins que si un conflit d'intérêts est toujours inhérent à un contrat avec soi-même, il n'existe pas de situation d'évaluation comparable pour chaque chevauchement d'intérêts (d'autant qu'il peut aussi y avoir des intérêts de tiers qui coïncident avec ceux de la fondation). Aussi les Conseils de fondation sont-ils bien avisés de traiter les conflits d'intérêts dans le détail et, si l'adoption d'une réglementation correspondante dans un **règlement** n'est pas envisageable, d'au moins mettre au point des **directives internes** sur la gestion des conflits d'intérêts. Dans les cas importants sur le plan économique, il peut également être judicieux de contacter l'autorité de surveillance suffisamment tôt et de la consulter sur la suite de la procédure.

Afin de pouvoir rapidement identifier les conflits d'intérêts et adopter la réaction appropriée, un membre de Conseil de fondation devrait se poser les **questions** suivantes avant de prendre une décision:

- Cette décision concrète m'affecte-t-elle directement ou indirectement sur le plan économique et/ou immatériel? Qu'en est-il des parents proches et des autres personnes physiques ou morales qui me sont liées?
- Si je participe à la décision, est-ce que je m'expose au soupçon de ne pas avoir agi exclusivement dans l'intérêt de la fondation?
- La décision est-elle si importante pour moi que je ne puisse envisager de me retirer afin d'éviter de potentielles incertitudes juridiques?
- Cet acte juridique peut-il également être conclu sans ma participation? À l'inverse, ma participation constitue-t-elle un risque pour la sécurité juridique de l'opération?
- Si nécessaire, pourrais-je envisager de me retirer de l'acte juridique en question ou, en dernier recours, de démissionner du Conseil de fondation?

Fondamentalement, la gestion des conflits d'intérêts cherche également à dégager la responsabilité des membres du Conseil de fondation en exercice, et surtout à prévenir les dommages causés à la fondation.

2.4 Autonomie d'action du Conseil de fondation

Comme nous l'avons déjà expliqué (voir point 2.2), la tâche principale du Conseil de fondation est **d'accomplir la volonté initiale du fondateur**, telle qu'elle a été exprimée dans le but de la fondation. Toutefois, il est possible que le fondateur, de son côté, ne puisse pas ou ne souhaite pas fournir des instructions concrètes pour chaque question détaillée. Il lui faut espérer que sa volonté sera respectée et concrétisée par les organes de la fondation. Ainsi, si le fondateur fournit le cadre à respecter au niveau des bases et de l'identité de la fondation, c'est bien au Conseil de fondation de concrétiser le but de la fondation grâce à ses actions du quotidien. Le Conseil de fondation est donc en quelque sorte un **capitaine** qui doit toujours interpréter au moment opportun le cap fixé par le fondateur, et ce, selon les conditions météorologiques du moment.

Or, ces conditions prévues changent souvent – sans compter que la route traverse parfois des turbulences, de sorte que la **navigation** peut devenir **compliquée**. Si la fondation file droit vers un iceberg, par exemple, alors le Conseil de fondation doit s'écarter temporairement de la trajectoire prescrite, voire dévier totalement de sa ligne afin de bien contourner le danger. La situation en devient parfois difficile quant aux intérêts en présence, la protection de la confiance du fondateur devant être conciliée avec l'application consciencieuse du Conseil de fondation à agir aussi raisonnablement et efficacement que possible.

Ce **tiraillement** entre la mise en œuvre de la volonté d'un fondateur – souvent historique – et les actes efficaces d'une fondation moderne est l'un des aspects les plus épineux du quotidien d'une fondation. Dans ce contexte, il est essentiel de comprendre les quatre éléments suivants:

- Où se situe la limite entre les décisions de base qui déterminent l'identité de la fondation et une évolution autorisée, voire conseillée, de la fondation?
- Qu'entend-on exactement par exercice correct du pouvoir discrétionnaire?
- Qu'est-ce qui se cache derrière l'interprétation de la volonté du fondateur?
- Et comment fonctionnent les modifications légales de la fondation?

2.4.1 Décisions de base déterminant l'identité et l'évolution de la fondation

La **liberté du fondateur** permet à ce dernier de pérenniser les décisions fondamentales qui déterminent l'identité de la fondation – et donc de les soustraire de la disposition du Conseil de fondation. Cela étant, des éléments qui étaient à la pointe de la modernité au moment de la création de la fondation peuvent devenir obsolètes à peine quelques années plus tard. C'est là qu'intervient **l'autonomie des organes exécutifs**. Elle permet au Conseil de fondation d'adapter au mieux de ses connaissances et en toute bonne foi la gestion de la fondation à l'évolution des circonstances – autrement dit, de faire évoluer la fondation, si nécessaire en prenant des décisions qui s'écartent de la volonté du fondateur et, le cas échéant, en prenant des mesures impopulaires.

Les **limites** entre, d'un côté, une autonomie saine et admissible du Conseil de fondation et, d'un autre côté, un non-respect coupable et inadmissible de la volonté du fondateur sont toutefois fluctuantes et pas toujours faciles à déterminer. La formule suivante peut faire office de **ligne directrice** pour les personnes impliquées dans la fondation: la volonté centrale du fondateur, qui ne peut être modifiée de façon

“ En tant qu’expression des devoirs de fidélité et de diligence, le Conseil de fondation doit fonder sa décision discrétionnaire sur un processus adéquat de préparation, de réflexion et de prise de décision.

autonome par le Conseil de fondation, comprend les décisions fondamentales déterminant l’identité de la fondation – but, fortune, organisation. Une fois ces éléments modifiés, la fondation n’a plus l’identité que le fondateur lui avait façonnée. Dans ce qui a trait à la volonté accessoire en revanche, le Conseil de fondation peut faire évoluer la fondation. Cette tranche comprend les parties de la volonté du fondateur qui ont certes été établies, mais dont la modification n’affecte pas la réalisation du but de la fondation au point d’en compromettre l’identité (voir également l’exemple au point 2.4). La volonté centrale consignée dans les statuts peut uniquement – mais tout de même – être adaptée au moyen de modifications (voir point 2.4.4).

2.4.2 Exercice correct du pouvoir discrétionnaire

Dans la mise en œuvre concrète de la volonté du fondateur, souvent formulée de manière abstraite et générale, le Conseil de fondation dispose d’une marge de manœuvre quant à la structure, aux décisions et à l’application de la volonté: c’est ce que l’on appelle le **pouvoir discrétionnaire**. Néanmoins, pour pouvoir conserver cette liberté d’action, le Conseil de fondation a le devoir d’exercer correctement ce pouvoir discrétionnaire. Si le fondateur renonce à exercer une influence sur les résultats concrets de la décision, il doit et peut s’appuyer sur un processus de prise

de décisions approprié. Le Conseil de fondation doit donc au fondateur ce bon exercice du pouvoir discrétionnaire; il est également tenu de répondre à l’autorité de surveillance à cet égard.

L’existence, la portée et les limites de ce pouvoir discrétionnaire dépendent, en partie, de la volonté du fondateur. Le fondateur est libre, par exemple, de formuler des instructions spécifiques précisant si et dans quelle mesure les membres du Conseil de fondation doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire sur certains aspects. Si les documents de la fondation contiennent des instructions du fondateur qui ne laissent aucune marge de manœuvre, un point précis peut être retiré du pouvoir discrétionnaire du Conseil de fondation. Ce dernier fait alors fausse route et va fondamentalement à l’encontre de ses obligations si et dans la mesure où il place son pouvoir discrétionnaire (auquel il n’a pas droit) au-dessus des instructions du fondateur. Outre ces limites au pouvoir décisionnaire fixées par le fondateur, il existe des restrictions générales – surtout des prescriptions légales à caractère obligatoire et des statuts juridiques sensibles de tiers.

Toutefois, même si le Conseil de fondation dispose d’un pouvoir discrétionnaire sur une question précise, il ne peut pas agir ou prendre des décisions comme il l’entend. Au contraire: en tant qu’expression des devoirs de fidélité et de diligence susmentionnés, le Conseil de fondation doit fonder sa décision discrétionnaire sur un processus adéquat de **préparation, de réflexion et de prise de décision**.

De fait, si une décision du Conseil de fondation se base sur un processus de décision erroné ou insuffisant (par exemple si un pouvoir discrétionnaire inexistant a été assumé, si des considéra-

tions étrangères ont été intégrées à la réflexion ou si des arguments nécessaires ont été mal pondérés), un **erreur d’appréciation** est à déplorer.

Une décision du Conseil de fondation teintée d’erreurs d’appréciation est juridiquement contestable et peut entraîner sa **responsabilité**. Sans compter que les autorités et les tribunaux sont alors appelés à intervenir. Notons toutefois que l’autorité de surveillance des fondations examine une décision du Conseil de fondation à l’aune de sa légalité, et non de son adéquation

(surveillance juridique, voir point 1.6). L’autorité ne peut donc pas substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du Conseil de fondation. Néanmoins, l’autorité compétente reste habilitée et tenue de contrôler le bon exercice des pouvoirs discrétionnaires et de surveiller l’apparition d’erreurs d’appréciation.

Dans ce contexte, les décisions et les résolutions du Conseil de fondation entraînent des **questions typiques**; le cas échéant, elles devraient être discutées dans le cadre de dialogues transparents au sein du Conseil de fondation:

- Les documents de la fondation contiennent-ils des prescriptions du fondateur à respecter impérativement pour le sujet abordé? Même si le fondateur n’a pas donné d’instructions, d’autres points de référence laissent-ils entrevoir une volonté initiale précise du fondateur? Existe-t-il des raisons de ne pas suivre ces instructions?
- Si les documents de la fondation ne contiennent pas de prescriptions et laissent donc une certaine place au pouvoir décisionnaire: quelles décisions sont envisageables? En examinant la situation de plus près, certaines actions ou décisions alternatives sont-elles abandonnées dès le départ, en raison par exemple d’un manque de moyens financiers?
- Quels sont les paramètres de décision à prendre globalement en compte? Le cas échéant, peuvent-ils être triés par ordre d’importance?
- Lors de la prise de décision, est-ce que je me laisse guider exclusivement par des critères objectifs, ou est-ce que des éléments jouent un rôle (éventuellement très discret) alors qu’ils n’ont pas ou ne devraient pas avoir d’importance dans la décision – par exemple une sympathie ou une aversion personnelle à l’égard des personnes concernées, ou des «instructions» inappropriées parce qu’elles vont à l’encontre de la volonté initiale du fondateur?
- Le processus de prise de décision a-t-il été documenté en continu? En cas de litige, la décision peut-elle être suffisamment justifiée sur la base des documents pertinents (par exemple les procès-verbaux du Conseil de fondation ou les avis des experts consultés), de sorte qu’un processus de prise de décision correct puisse être démontré?

2.4.3 Interprétation de la volonté du fondateur

Comme à la fois l'autonomie d'action du Conseil de fondation et l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire s'orientent essentiellement selon la **volonté du fondateur**, l'importance de l'interprétation de celle-ci ne saurait être sous-estimée. À cet égard, il faut tenir compte d'un phénomène peut-être inhabituel, mais qui est typique de la forme juridique de la fondation: c'est la volonté originelle du fondateur, consignée dans le but de la fondation, qui doit être suivie, et non celle des personnes qui tiennent les rênes aujourd'hui. Ainsi, un tiraillement apparaît: d'un côté, il est important d'adapter la volonté du fondateur aux changements environnementaux et aux nouvelles générations. Mais d'un autre côté, il faut protéger la fondation de modifications ultérieures non autorisées par les parties impliquées dans la fondation et/ou par le fondateur lui-même.

Plus le terrain est incertain, plus il convient de respecter des **principes dogmatiques**: l'interprétation de l'acte de fondation en tant qu'acte juridique unilatéral repose généralement sur le «principe de la volonté». L'essentiel, c'est la volonté du fondateur, et non ce qu'un destinataire potentiel de la déclaration du fondateur était en droit de comprendre au sens du principe de la confiance. Il faut également respecter les exigences en termes de forme de la déclaration du fondateur (acte notarié ou disposition pour cause de mort), dont les buts formels (fonction d'avertissement, d'information et de preuve) ne peuvent porter que sur les contenus figurant dans l'acte.

Dans ce contexte, **trois situations** en particulier posent problème dans la pratique des fondations:

- des circonstances ou des déclarations de volonté non consignées dans les documents statutaires;
- des expressions ultérieures de la volonté du fondateur;
- un changement de circonstances.

La **théorie de la suggestion** permet de déterminer si et dans quelle mesure des circonstances et/ou des déclarations **qui ne figurent pas dans les documents de fondation**

peuvent ou doivent être prises en compte dans l'interprétation de la volonté du fondateur. Selon cette théorie, un élément de la volonté du constituant d'un acte qui doit revêtir une forme prescrite, reposant sur des circonstances extérieures à l'acte, ne peut être pris en compte que s'il est au moins suggéré dans l'acte. En définitive, cette théorie s'efforce donc de proposer un compromis entre, d'un côté, la préservation des buts de la forme et, d'un autre côté, l'affirmation de l'intention réelle de l'auteur.

Techniquement, la théorie fonctionne **en deux étapes**: premièrement, la volonté est analysée à l'aune de tous les aspects apparents – et notamment ceux qui ne figurent pas dans l'acte. Et deuxièmement, il s'agit d'examiner si cette volonté a également fait l'objet d'une déclaration en bonne et due forme ou si elle est au moins suggérée dans l'acte. Les exigences en matière de suggestion ne doivent pas être excessives. Il suffit que le contenu déterminé par l'interprétation coïncide avec un point de référence ou une expression, même minime, dans l'acte de fondation.

Par conséquent, une **expression ultérieure de la volonté** du fondateur ne peut être utilisée que pour clarifier la volonté initiale du fondateur telle qu'elle est suggérée dans les documents de la fondation.

Pour conclure, un **changement de circonstances** peut être pris en compte par une interprétation complémentaire qui va dans le sens de la détermination de la **volonté hypothétique du fondateur**: qu'aurait décidé le fondateur de bonne foi s'il avait eu connaissance du changement de circonstances? Évidemment, le résultat de l'interprétation doit également être suggéré et ne doit pas être en contradiction avec la volonté expressément déclarée. Dans ces cas d'absence d'ambiguïté, la limite de l'interprétation est atteinte, et il reste tout au plus de la marge pour une modification des statuts afin d'en adapter ou d'en étendre les termes (voir point 2.4.4 ci-après).

En définitive, l'interprétation de la volonté du fondateur demeure un exercice d'équilibre individuel, au cas par cas, de tiraillement entre principe d'immuabilité et volonté réelle du fondateur. Un élément devrait être décisif: **la compatibilité matérielle** d'une volonté (hypothétique) du fondateur ou d'une circonstance qui ne figure pas dans les documents avec les déclarations d'origine dans les documents de la fondation.

2.4.4 Modifications légales

Si l'autonomie du Conseil de fondation se heurte aux limites des décisions fondamentales déterminant l'identité de la fondation ou si les statuts doivent être modifiés pour d'autres raisons, il faut passer par les droits de modification de la loi (**art. 85, 86, 86a, 86b CC**). Comme nous l'avons déjà souligné, les règlements, eux, peuvent en principe être modifiés de manière autonome par l'organe compétent (voir point 1.5).

À cet égard, il convient de noter qu'un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire peut non seulement habiliter les organes de la fondation à modifier les documents ou la structure de la fondation, mais peut même les y **obliger**. Dans certains cas particuliers, cela peut même conduire à une cessation ou à une transformation modifiant l'existence de la fondation (par exemple une fusion). Si, par exemple, dans le cas d'une fondation promouvant l'éducation de certains étudiants, l'argent ne peut plus être réparti judicieusement du fait de critères d'attribution statutaires obsolètes, le Conseil de fondation doit demander une modification des statuts. L'autorité de surveillance est alors appelée à suivre cette compréhension dynamique de la fondation. Dans l'ensemble, la gestion d'une fondation ne consiste donc pas à figer dans le marbre tous les détails de la volonté d'un fondateur historique, mais à doter les **concepts principaux** du fondateur de la **plus grande efficacité** qui soit en accord avec leur temps. Dans de tels cas, il va sans dire que le bon exercice du pouvoir

discrétionnaire et l'interprétation correcte de la volonté du fondateur sont impératifs pour vérifier les conditions requises.

En termes de procédure, une **modification des statuts** en Suisse passe actuellement exclusivement par les autorités de surveillance ou de modification. Ces modifications doivent être conformes à **l'art. 85 CC** (modification de l'organisation), à **l'art. 86 CC** (modification du but) ou à **l'art. 86b CC** (modifications accessoires). Si le fondateur s'est réservé le droit de modifier le but au sens de **l'art. 86a CC**, l'autorité doit ordonner le changement dès lors que les autres conditions sont remplies. Il faut recommander au fondateur et au Conseil de fondation de se confronter à ce sujet conflictuel avant la constitution de la fondation ou l'adaptation de sa structure, et de se faire conseiller en la matière par des experts en droit civil et, le cas échéant, en droit fiscal.

Exemple pratique: modification des prescriptions sur la fortune et migration vers la consommation

Il y a quelques années, lorsque la situation des taux d'intérêt sur les marchés a changé, de nombreuses fondations classiques qui doivent préserver leur fortune et ne peuvent fonctionner que sur la base de leurs revenus se sont demandé si, quand et dans quelle mesure elles avaient le droit de toucher à titre exceptionnel ou même de manière permanente, à la substance de leur fortune. Dans ces circonstances, le raisonnement suivant pourrait être indiqué:

- Pour commencer, les statuts de la fondation doivent être interprétés: des indications à ce sujet – même en dehors des documents – sont-elles suggérées dans les statuts? Qu'aurait fait le fondateur s'il avait pu envisager cette situation? Si l'interprétation ne va pas dans le sens de la consommation (en raison également d'un manque d'indications, par exemple), la fortune doit être en principe considérée comme durablement allouée.
- Néanmoins, dans certains cas, toucher à la substance de la fondation peut être possible en vertu de l'autonomie de la fondation et d'un bon pouvoir discrétionnaire si des situations particulières requièrent une certaine souplesse afin d'éviter une paralysie ou une inactivité de longue durée de la fondation ou de «sauver» des projets en cours. En d'autres termes, savoir éviter l'iceberg.
- Soulignons cependant que si la consommation permanente de la fortune de base ou une réelle «migration (statutaire) vers la consommation» est envisagée, les décisions fondamentales qui déterminent l'identité de la fondation sont affectées. Une toute nouvelle trajectoire est ainsi empruntée. Elle doit d'ordinaire passer par **l'art. 85 CC**.

2.5 Questions de représentation et de responsabilité

La fondation acquiert des droits et des obligations à l'égard de tiers (tels que des créanciers ou des bénéficiaires) par les **actions de ses organes**, par leurs actes juridiques et par tout autre fait (**art. 55 al. 2 CC**). Les fautes commises engagent, au surplus, la responsabilité personnelle (solidaire) du membre du Conseil de fondation en exercice (**art. 55 al. 3 CC**).

Le **pouvoir interne de représentation** peut être limité par des prescriptions internes de la fondation (par exemple une limitation du pouvoir de signature). En revanche, le **pouvoir de représentation externe**, qui est pourtant le seul élément déterminant, est en principe sans restriction si l'opération peut théoriquement être englobée dans le but de la fondation, autrement dit si elle ne peut en être exclue. Les autres restrictions à prendre en compte sont les suivantes: une limitation du pouvoir de représentation manifesté dans le registre du commerce ou à l'égard de tiers; l'interdiction de contrats avec soi-même; un abus du pouvoir de représentation identifiable pour le tiers.

En 2019, le Tribunal de commerce de Zurich a par ailleurs statué qu'en l'absence d'une réglementation expresse dans les statuts, une fondation n'avait pas le **pouvoir d'intenter une action en justice** pour des prétentions en dommages-intérêts cédées en grand nombre, ce que le Tribunal fédéral n'a pas contesté. Toutefois, cette sentence (vivement critiquée dans la littérature) était fondée sur des circonstances tout à fait particulières (plainte collective dans le cadre du scandale des émissions polluantes de VW) (voir TF 4A_43/2020 du 16.07.2020).

Si, dans l'exercice de ses fonctions, un membre du Conseil de fondation viole ses obligations et qu'il en résulte un dommage pour la fondation, la situation peut entraîner des **prétentions en responsabilité** de la part de la fondation à l'encontre du membre concerné. La responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite (**art. 97 ss CO**) peut relever du droit du mandat ou du droit du travail, selon qu'il existe ou non des réglementations contractuelles concrètes entre la fondation et les membres du Conseil de fondation (par exemple dans le cadre de relations de travail). En outre, par exemple en cas d'atteinte au droit de propriété, une responsabilité délictuelle découlant d'actes illicites peut également entrer en ligne de compte (**art. 41 ss CO**). Les **responsables des organes effectifs**, qui

ne sont pas formellement nommés mais sont de facto investis d'un pouvoir de décision juridique et effectif, peuvent également engager leur responsabilité, tant en interne qu'en externe.

Lorsque plusieurs ou tous les membres du Conseil de fondation causent ensemble un dommage, ils sont solidairement responsables vis-à-vis de la fondation. Si le Conseil de fondation reste inactif alors qu'il sait que des dommages ont été causés par un, plusieurs ou tous les membres du Conseil de fondation en violation de leurs obligations, des **mesures peuvent être prises par l'autorité de surveillance**. Celles-ci peuvent aller jusqu'à la destitution du Conseil de fondation (dans son ensemble) et la nomination d'un commissaire au sursis concordataire. Afin de prévenir les conflits d'intérêts et de garantir l'efficacité de l'exécution des prétentions, il peut être judicieux de confier l'exercice de la procédure de demande de dommages-intérêts contre des membres du Conseil de fondation à un organe secondaire facultatif, par exemple un conseil légal.

La responsabilité du Conseil de fondation ne peut être exclue au niveau statutaire (et même la dérogation de la négligence légère est controversée). Notons qu'une délégation de tâches (partielles) conforme aux statuts entraîne une **atténuation de facto de la responsabilité**: en effet, si le Conseil de fondation fait usage en toute légalité de sa compétence de délégation, il n'est plus responsable que de la sélection, de l'instruction et de la surveillance appropriées du ou des délégués. En outre, le principe de la liberté d'appréciation en affaires, ou «business judgement rule» s'applique, même s'il est actuellement dépourvu de base légale: en vertu de celui-ci, il n'y a pas de violation des obligations si le membre de l'organe ne s'est pas laissé guider par des intérêts étrangers lors de la prise d'une décision d'affaires et s'il pouvait raisonnablement supposer qu'il agissait dans l'intérêt de la personne morale, sur la base d'informations adéquates. Ajoutons encore qu'une question est toujours contestée et délicate: savoir si, en cas d'engagement bénévole du Conseil de fondation, une atténuation de la responsabilité fondée sur l'**art. 99 al. 2 CO** peut être envisagée dans l'absolu ou seulement en cas de disposition statutaire expresse.

Si l'activité de la fondation est une activité à risque comportant un potentiel élevé de dommages (comme la gestion d'un hôpital) ou si la complexité ou l'importance de la fortune de la fondation entraîne un risque de prétentions en

réparation menaçant l'existence de la fondation, la conclusion d'une **assurance responsabilité civile pour le Conseil de fondation** («assurance D&O») devrait être envisagée. Afin d'éviter des incertitudes juridiques ultérieures, le fondateur peut, s'il le souhaite, ancrer lui-même la conclusion d'une telle assurance dans les statuts.

Les fondateurs et les Conseils de fondation devraient tenir compte des points ci-après pour pouvoir identifier à temps les **risques de responsabilité** et y réagir de manière appropriée au cas par cas:

- La structure de l'organisation proposée ou existante est-elle adéquate compte tenu de la taille de la fondation?
- Une séparation entre les niveaux de la direction et de la stratégie est-elle souhaitable?
- Existe-t-il un «controlling» interne fonctionnel et une gestion des risques efficace permettant d'identifier à un stade précoce les manquements potentiels et de les sanctionner le cas échéant?

- Le risque associé à un acte juridique est-il proportionnel au revenu ou au bénéfice potentiel – pas forcément monétaire – pour la fondation?
- La conclusion d'une assurance D&O est-elle judicieuse et financièrement envisageable au regard des primes d'assurance? Quels risques sont couverts par l'assurance? Existe-t-il à long terme un risque d'aléa moral à la conclusion d'une assurance D&O, où la sérénité découlant de la couverture d'assurance entraînerait par exemple une attitude négligente ou plus négligente?
- Quels sont les risques juridiques et financiers dans les cas liés à des pays étrangers? Ces risques sont-ils couverts de manière opportune par une prévention des risques? D'autres solutions d'assurance sont-elles possibles et judicieuses sur place?
- Enfin, les parties concernées doivent être conscientes qu'en plus des dommages affectant la fortune, il existe également des «soft risks». Difficiles à mesurer, ils peuvent être tout aussi significatifs pour une fondation (par exemple les risques de réputation).



Recommandations sur les questions liées aux règles d'organisation du Conseil de fondation:

- Au moment de constituer votre fondation, réfléchissez en tant que fondateur à la future organisation de la fondation et à la composition du Conseil de fondation. Assurez-vous que vous pouvez apporter vos compétences à votre fondation, mais que celle-ci pourra également fonctionner sans vous, notamment après votre décès.
- En tant que fondateur, décidez de la marge de manœuvre que vous souhaitez accorder au Conseil de fondation. N'oubliez jamais que vous ne pouvez prédire les évolutions futures que dans une mesure limitée. Par conséquent, évitez les instructions trop rigides et laissez aux organes de la fondation le soin de faire évoluer celle-ci de manière dynamique, conformément à vos lignes directrices.
- En votre qualité de fondateur, abordez les questions de responsabilité, de conflits d'intérêts et de mécanismes de contrôle interne avec la même proactivité que la question de la recevabilité et, le cas échéant, du montant des honoraires du Conseil de fondation.
- En tant que membre du Conseil de fondation, vous devez savoir si et dans quelle mesure le fondateur vous a octroyé ou laissé une marge de manœuvre en matière de développement et de prise de décision, et où il existe le cas échéant des prescriptions immuables définissant l'identité de la fondation.
- Exercez correctement vos fonctions au sein du Conseil de fondation, et surtout sans erreur d'appréciation. Élaborez une procédure de décision adaptée et compréhensible (en particulier s'il n'existe aucune prescription du fondateur) et documentez soigneusement chaque processus de décision, notamment lorsqu'il a trait à des questions controversées, risquées et fondamentales.
- Évitez les conflits d'intérêts et prévoyez des mécanismes pour y faire face.
- Si vous vous demandez si votre mandat au sein du Conseil de fondation ne vous place pas devant un conflit d'intérêts, vous devez en discuter de manière transparente au sein du Conseil de fondation. En cas de doute justifié, vous devriez envisager de vous mettre en retrait.

3

Stratégie de gestion de fortune et de placement

- 3.1 La recherche de concepts de placement modernes pour la fortune des fondations
- 3.2 Conditions-cadres juridiques et possibilités de mise en pratique
- 3.3 Priorité 1: Placements à impact et modèles d'encouragement entrepreneurial
 - 3.3.1 Niveaux d'évaluation
 - 3.3.2 Types de placements
 - 3.3.3 Critères de recevabilité
- 3.4 Priorité 2: Directives de placement

Une bonne gestion de la fortune de la fondation est l'une des principales tâches et obligations du Conseil de fondation. En s'appuyant sur des principes de base juridiques, ce chapitre traite des aspects pratiques d'une stratégie moderne de placement et de gestion de la fortune.

3.1 La recherche de concepts de placement modernes pour la fortune des fondations

Pour les personnes impliquées dans la fondation, le placement de la fortune peut poser des défis majeurs: face à un univers de placement mondialisé et à l'environnement de taux bas de ces dernières années, le Conseil de fondation est **tirillé** entre une gestion prudente des fonds, l'obtention constante d'un revenu et une allocation appropriée des risques. Rien d'étonnant donc à ce qu'aucun domaine ou presque n'ait actuellement autant besoin d'un conseil compétent et complet.

Le secteur des fondations a d'ailleurs reconnu qu'à notre époque de faibles rendements, de nombreuses fondations ne sont plus viables en tant que formes juridiques traditionnelles purement orientées sur le rendement; elles doivent donc faire travailler elles-mêmes la fortune, l'investir plus efficacement que par le biais de simples «placements avec intérêts à faible risque» et/ou faire preuve de plus de créativité. Aussi de **nouvelles tendances** s'observent-elles dans le secteur des fondations: mise en commun des

fonds dans des fondations faitières ou des fondations de placement, ou encore concepts axés sur la durabilité et les placements liés au but de la fondation (mots clés: investissements socialement responsables, placements durables, placements à impact, «mission-related investments» philanthropie d'entreprise et modèles d'encouragement entrepreneurial). Or, ces évolutions soulèvent de **nouvelles questions** qui ont notamment trait à la compatibilité des stratégies de placement individuelles avec les prescriptions du droit des fondations et du droit fiscal. Signalons néanmoins que ces nouvelles tendances ne sont pas toujours corrélées sur mesure avec les questions correspondantes. Ainsi, il y a parfois des écarts entre ce que les banques, les gestionnaires de fortune, les conseillers de fondations et les conseillers en placement proposent ou ce que les fondateurs et les Conseil de fondation souhaitent, d'une part, et ce que les fondations savent et peuvent effectivement mettre en œuvre sur le plan du droit civil et fiscal, d'autre part. Des modèles se développent de plus en plus dans la pratique. Ils ne cherchent pas seulement à atteindre le but de la fondation par le biais de la gestion de la fortune, mais veulent également gérer la fortune de la fondation de manière globalement plus souple. De nou-

velles approches sont recherchées, par exemple en termes de **relation des fondateurs avec la fortune de la fondation**, car une nouvelle génération de fondateurs, davantage imprégnée de culture entrepreneuriale, souhaite de plus en plus:

- conserver une influence sur la fortune destinée à la fondation;
- évaluer elle-même les projets selon des critères entrepreneuriaux et en tirer des conséquences;
- conserver une marge de manœuvre pour les événements imprévus (et notamment leurs propres situations d'urgence).

En conséquence, les fortunes des fondations ne sont souvent plus consacrées à des dons uniques classiques et intégraux de la somme totale; des **modèles de dotation successive** sont souhaités, et parfois combinés à des **éléments de consommation**.

Au moment de déterminer les concepts qui doivent être validés dans la pratique, il faut mettre en place des **évaluations au sens du droit des fondations**, avec en premier lieu des principes d'un rapport but-moyens approprié, des perspectives fondées de la fondation quant à une dotation suffisante de la fortune (et notamment en cas de décès du fondateur) ainsi que d'éventuelles prescriptions du fondateur en termes de préservation, de consommation, de placement et de gestion de la fortune. Dans le même temps, l'autonomie du fondateur doit être en adéquation avec l'autonomie déjà évoquée de la fondation (voir point 2.4).

Dans l'ensemble, un changement de paradigme s'observe en ce qui concerne la fortune des fondations: ce qui était autrefois une pure gestion de la fortune est désormais un élément décisif de la **stratégie d'une fondation**.

3.2 Conditions-cadres juridiques et possibilités de mise en pratique

Le Code civil suisse ne contient aucune **règle sur la gestion de fortune**; de fait, même les prescriptions contenues dans certaines ordonnances cantonales sur la surveillance des fondations ne formulent que des points de repère rudimentaires. En règle générale, les solutions doivent donc être puisées dans les principes généraux du droit des fondations.

Notons à titre de point de départ que la **primauté de la volonté du fondateur** s'applique éga-

lement au domaine de la gestion de fortune: lors de la constitution de la fondation, le fondateur est libre à la fois de prévoir dans les statuts des prescriptions individuelles sur le placement de la fortune et de déterminer que la substance de la fortune de la fondation peut ou doit être utilisée pour réaliser le but de la fondation. Si, de l'avis des personnes en fonction, ces dispositions sont dépassées parce que, par exemple, elles génèrent un gros risque ou (comme c'était l'usage dans le passé) prescrivent impérativement une sûreté pupillaire, les possibilités autonomes de développement de la fondation doivent d'abord être déterminées par l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Si celles-ci atteignent leurs limites, une modification de l'acte de fondation au sens de **l'art. 85 ou 86b CC** peut être envisagée (voir point 2.4.4).

Si les statuts de la fondation ne contiennent pas de prescriptions sur le placement de la fortune, le Conseil de fondation doit, en règle générale, respecter les principes d'une **gestion prudente de la fortune**, en vertu de la jurisprudence du **Tribunal fédéral**. Ces principes sont notamment:

- la préservation de la valeur;
- la sécurité;
- la répartition des risques;
- la rentabilité;
- la liquidité.

Si le Conseil de fondation doit prendre ses distances des placements spéculatifs, une «sûreté pupillaire» des placements n'est pas indiquée. En outre, selon le Tribunal fédéral, les principes de placement de la fortune prévus pour les **fondations de prévoyance en faveur du personnel** dans l'OPP 2 (Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984, RO 1984 543) peuvent également servir au cas par cas d'**«aide à l'orientation»** pour les Conseils de fondation des fondations traditionnelles (voir ATF 108 II 352), même si les détails et les limites de cette orientation demeurent pour l'heure flous. Étant donné que ces principes de la jurisprudence ne sont compatibles que dans une mesure limitée avec de nombreuses formes (surtout les formes modernes) de fondations et de placements, il est important de s'attacher à un positionnement stratégique concret de la fortune lors de la constitution de celle-ci. Cependant, la gestion quotidienne du rapport entre besoin de sécurité et obtention d'un revenu reste généralement une décision individuelle du Conseil de fondation, qu'il convient de prendre en exerçant le **pouvoir discrétionnaire approprié** (voir point 2.4.2).

Les aspects qui pèsent dans la gestion de la fortune des fondations (et, partant, dans les décisions discrétionnaires y relatives) peuvent en principe être subdivisés en deux «niveaux»:

- Au niveau de la fondation, il s'agit des aspects qui puisent leur origine dans les principes fondamentaux du droit des fondations ou dans la structure de chaque fondation, et notamment dans le but de la fondation ou les prescriptions détaillées du fondateur consacrées aux placements qui apparaissent dans les statuts.
- Au niveau des placements, en revanche, figurent tous les principes généraux d'investissement qui ne sont pas seulement pertinents pour la gestion de la fortune des fondations, mais plus globalement pour tout type de gestion professionnelle d'une fortune. Ces principes incluent par exemple les critères fondamentaux susmentionnés du Tribunal fédéral, les principes de la théorie moderne du portefeuille ou les critères généraux de durabilité, lesquels gagnent de plus en plus en importance.

Ce **modèle structurel à deux niveaux** a pour but d'aider à comprendre le rapport entre les aspects pertinents de ces différents niveaux: comme le Conseil de fondation doit avant tout réaliser le but de la fondation et la volonté du fondateur, le niveau de la fondation, déterminé par le fondateur, prévaut généralement sur le niveau des placements. Au moment par exemple de définir les risques qui semblent «appropriés» pour le placement de la fortune de la fondation, les règles de base de gestion moderne d'un portefeuille (qui figurent au niveau des placements) peuvent apporter des éléments de réponse. Cela dit, les décisions doivent toujours être examinées par rapport au niveau de la fondation, autrement dit à l'aune des aspects qui découlent du but et de la structure de la fondation.

Par exemple, au niveau de la fondation, le fondateur peut autoriser une **approche d'investissement «axée sur le but»** ou même imposer d'augmenter l'intensité de la réalisation du but grâce à des investissements dans des activités liées au but même de la fondation. Même dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (qui doit évidemment être exercé correctement) par le Conseil de fondation, le lien avec le but

d'un placement peut se recouper avec les critères classiques du Tribunal fédéral.

Notons encore que toutes les fondations ne traitent **pas de la même manière** les différentes formes de placement: ainsi, ce qui est possible dans une fondation peut ne pas l'être dans une autre. La pertinence des notices générales, comme celles qui sont parfois fournies par les autorités de surveillance, n'est donc que relative (pour plus de détails à ce sujet, voir JAKOB/PICHT, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, International Journal of Non-for-Profit Law 1/2013, pp. 53 ss. Voir également le point 3.3 ci-dessous consacré au cas particulier des placements à impact).

3.3 Priorité 1: Placements à impact et modèles d'encouragement entrepreneurial

Selon la conception traditionnelle, les activités d'une fondation d'utilité publique se limitent en grande partie à gérer sa fortune et à utiliser ses revenus pour réaliser son but d'utilité publique. Et cependant, le secteur des fondations entend de plus en plus l'appel à une **orientation davantage tournée vers l'impact**, en raison notamment de l'évolution des valeurs de la société et d'un fort mouvement d'entrepreneuriat social. Dans le sillage de ces phénomènes, de nouveaux mécanismes ont trouvé leur place dans la philanthropie.

3.3.1 Niveaux d'évaluation

Sur la scène actuelle des fondations, la question de savoir si et quand des **placements orientés sur le but ou l'impact** sont «autorisés» pour une fondation concrète revient donc de plus en plus souvent. En règle générale, elle doit être évaluée selon trois niveaux: sur le plan économique et commercial, à l'aune du droit des fondations et par rapport au droit fiscal.

Au **niveau économique et commercial**, il convient d'évaluer si un placement fait sens d'un point de vue économique. De quel type de placement s'agit-il? Quel est le rapport risque-rendement? Dans quelle mesure le placement est-il en adéquation avec le but de la fondation, et comment l'impact souhaité est-il mesuré? Toutes ces réponses serviront également à l'évaluation liée au droit des fondations et au droit fiscal.

Au **niveau du droit des fondations**, le placement doit être compatible à la fois avec les documents statutaires de la fondation et avec les principes généraux du droit des fondations. La décision de placement doit relever de la compétence et de l'autonomie des personnes en charge; de plus, elle doit résulter d'un processus de décision

approprié (voir points 2.4.2 et 3.2). Par ailleurs, puisqu'il existe des règles spéciales régissant la gestion de la fortune des fondations (voir point 3.2), le respect de ces règles doit être garanti. Si tel n'est pas le cas, l'autorité de surveillance examine la légitimité de la décision et, le cas échéant, décrète des sanctions.

Au **niveau du droit fiscal**, les critères d'exonération fiscale doivent être remplis et le rester, sans quoi une fondation non soumise à l'impôt perdrait son exonération fiscale. Cela étant, les critères du statut d'utilité publique ne sont pas toujours faciles à saisir dans ce domaine, ni à différencier de ceux

d'une organisation à but lucratif; ils dépendent du type exact de placement.

3.3.2 Types de placements

Les placements orientés sur le but ou l'impact sont souvent appelés **«placements à impact»**. En Suisse comme à l'étranger, ce terme n'est néanmoins pas utilisé de manière uniforme, sans compter que les phénomènes sous-jacents sont en constante évolution. À ce stade, il est pertinent d'établir une distinction entre trois types de placements:

- les placements «classiques» qui, tout en s'articulant principalement autour de critères financiers, intègrent également certains critères liés à l'impact ou critères «ESG» (on peut également parler d'**«investissements socialement responsables»** ou **«ISR»**);
- les placements dont le but principal est de générer un rendement sur la fortune investie, mais qui contribuent dans le même temps à réaliser le but de la fondation, ce qui permet certaines concessions au niveau des critères d'investissement (par exemple un risque plus élevé ou un rendement plus faible); ces investissements pourraient également être désignés **«mission-based investments»** ou, justement, **«placements à impact»**;
- les placements qui appliquent une approche d'encouragement entrepreneurial; les placements sont généralement réalisés dans des entreprises (en utilisant des fonds propres ou des fonds de tiers). L'objectif principal ce faisant n'est pas d'obtenir un rendement fixe sur la fortune investie, mais plutôt d'utiliser des moyens entrepreneuriaux pour obtenir un impact dans le cadre du but de la fondation (d'où la dénomination de **«modèles d'encouragement entrepreneurial»**). Bien entendu, ces placements peuvent générer un rendement si le projet est financièrement solide et abouti, mais l'idée principale est de faire avancer le but de la fondation.

Un **défi** toutefois: les frontières entre ces types de placements étant souvent mouvantes, leur recevabilité au regard du droit des fondations et du droit fiscal est évaluée par les autorités au cas par cas. De plus, comme les autorités suisses n'ont commencé que récemment à s'intéresser de plus près au concept des «placements à impact», le processus de catégorisation et d'élaboration de conditions de recevabilité dotées de sécurité juridique est encore en cours.

3.3.3 Critères de recevabilité

Dans les deux premiers groupes ci-dessus, ces **«placements à impact»** ou **«ISR»** sont réalisés dans le cadre de la **gestion de la fortune** de la fondation. Il s'agit ce faisant de réaliser des produits nets, tout en générant un impact positif lié au but de la fondation. En principe, ces placements sont soumis aux mêmes règles que la gestion de fortune en général. Autrement dit, l'autorité de surveillance des fondations veille à ce que l'impact lié au but de la fondation justifie d'éventuels inconvénients en termes de sécurité, de rentabilité, de liquidité ou de répartition des risques (voir point 3.2 ci-dessus). À partir du moment où ces conditions sont remplies, il ne devrait pas non plus y avoir de problèmes fiscaux, puisque la fondation fait exactement ce qu'elle doit faire: générer un rendement qui permet d'accomplir le but de la fondation.

Les **«modèles d'encouragement entrepreneurial»**, en revanche, fonctionnent généralement avec les revenus de la gestion de la fortune, c'est-à-dire avec des fonds en principe réservés à des activités qui promeuvent le but de la fondation (d'où leur nom). Et comme les fondations dépensent habituellement leur argent «à fonds perdu» et ne sont pas supposées agir comme des «entrepreneurs» (du moins du point de vue véhiculé par les autorités fiscales), les bénéfices tirés de ces activités (à l'image de la vente réussie de

parts d'une start-up) pourraient être considérés comme le fruit d'une opération lucrative, ce qui contredirait les critères déterminant une institution d'utilité publique (voir point 1.7.1). Aussi est-il important de montrer que ces modèles ne visent pas à générer des bénéfices et qu'ils doivent plutôt être évalués en fonction de leur efficacité à remplir le but de la fondation; de même, les recettes éventuelles générées par l'approche entrepreneuriale ne sont qu'une conséquence d'une réalisation particulièrement efficace du but.

En effet, l'idée de base des «modèles d'encouragement entrepreneurial» est **d'accroître l'impact de la réalisation du but de la fondation** grâce à l'**utilisation entrepreneuriale des ressources** (aussi bien les ressources financières que le savoir-faire à titre de capital social et intellectuel). Ce concept est lié à l'idée centrale d'un **«cycle»**, où toutes les recettes provenant de ces formes d'encouragement peuvent être réutilisées (et donc utilisées plus fréquemment) pour servir l'objectif visé. Fondamentalement, ces approches adoptent des modèles de réussite entrepreneuriale et transposent des maximes économiques au secteur non lucratif; mais elles le font exclusivement pour atteindre leur but et fonctionnent donc sur une base non lucrative plutôt que lucrative.

Comme ces modèles sont encore relativement récents, les autorités fiscales cantonales hésitent à statuer sur une **exonération fiscale**. Deux questions essentielles se posent: dans quelles conditions les fondations d'utilité publique peuvent-elles utiliser ces modèles sans perdre leur exonération fiscale? Et comment l'administration fiscale peut-elle empêcher les fondations d'abuser de leur statut d'utilité publique? Il faut donc définir des critères permettant de distinguer les modèles qui promeuvent véritablement l'entrepreneuriat des activités à but lucratif déguisées qui excluraient (légitimement) l'exonération fiscale.



“
Des «investissements socialement responsables» ou «placements à impact» sont réalisés dans le cadre de la gestion de la fortune de la fondation. Il s’agit ce faisant de réaliser des produits nets, tout en générant un impact positif lié au but de la fondation.

Les **critères ci-après** pourraient servir à faire cette distinction et permettraient de révéler des abus du statut d'utilité publique; en d'autres termes, plus la fondation et les placements satis-

font à ces indicateurs, plus il est probable que les autorités fiscales lui reconnaîtront le statut d'utilité publique:

- La mise en œuvre du projet est conforme au but de la fondation et contribue à sa réalisation.
- Les placements sont effectués à partir des revenus de la fortune de la fondation (ou d'autres fonds désignés pour attribution), et non à partir des fonds de placement (autrement dit, le capital de la fondation). Ils peuvent ainsi être considérés comme une «activité d'encouragement».
- La fondation n'acquerra aucune position prépondérante dans l'entreprise ou l'organisation soutenue par le placement.
- Le placement n'est pas en concurrence avec la mobilisation de capitaux par le biais des canaux habituels. En d'autres termes, soit la mobilisation de capitaux sur le marché des capitaux traditionnel n'est pas possible pour le projet (en raison par exemple du profil de risque ou des perspectives de rendement), de sorte que le projet ne pourrait pas être mené à bien sans le placement de la fondation, soit le placement est réalisé en parallèle à une telle mobilisation de capitaux et facilite celle-ci en fournissant un savoir-faire et du capital plus patient. La vraisemblance suffit; l'on présume alors en faveur des fondations qu'il n'y a pas d'effets de distorsion sur la concurrence.
- Le projet – c'est à dire son impact, et non le bénéfice potentiel – est au cœur du placement; un rendement est possible, mais ce n'est pas une condition préalable (cette intention peut être prouvée à l'administration fiscale en amortissant le placement, comme dans le cas des contributions à fonds perdu).
- Si le placement génère effectivement un bénéfice, ce revenu est entièrement réinvesti ou distribué sous forme de contributions à fonds perdu, de façon à préserver le cycle d'utilité publique.
- La partie «entrepreneuriale» des activités de la fondation est subordonnée aux méthodes d'encouragement traditionnelles comme les contributions à fonds perdu. Le «seuil de rentabilité» de l'ensemble de l'activité de la fondation n'est pas atteint.

La pratique démontre qu'il est possible de trouver des solutions raisonnables en s'appuyant sur ces critères. Et à juste titre: dans le droit libéral suisse des fondations, les **principes de la liberté du fondateur et de l'autonomie de la fondation** permettent à celle-ci de décider elle-même de la façon dont elle souhaite mettre en œuvre son but. La pratique des autorités fiscales ne doit pas remettre en cause ces libertés. Si une activité

d'encouragement est légitimée par le but de la fondation, les instruments utilisés pour le mettre en œuvre ne devraient pas importer, tant que les bénéfices éventuels sont utilisés exclusivement à des fins d'utilité publique et que les activités de la fondation n'ont pas d'effets de distorsion sur la concurrence, **excluant ainsi de fait un abus du statut d'utilité publique.**

3.4 Priorité 2: Directives de placement

Des indications ci-dessus sur le placement «correct» de la fortune découle la question essentielle de la **mise en œuvre concrète des critères de placement** et de l'implémentation d'une stratégie de placement opportune et appropriée dans la pratique.

Pour un futur fondateur, la stratégie de placement est un aspect clé de la **planification de la fondation**. Le fondateur doit trancher et prendre une décision significative: prescrire aux organes de la fondation un certain type de placement et de gestion de la fortune, ou laisser la définition de la stratégie de la fortune à la discrétion du Conseil de fondation.

Si des éléments d'orientation fondamentaux sont pertinents au niveau des statuts (par exemple investir «autant que possible en fonction du but» et/ou «de manière durable» et/ou «de façon axée sur le rendement»), des critères et des prescriptions de placement excessivement détaillés ne sont que rarement à recommander dans ces mêmes statuts compte tenu des incertitudes quant aux développements futurs. En tant que

dispositions au plus haut niveau (c'est-à-dire au niveau de l'acte de fondation), elles sont en effet fondamentalement exclues d'une adaptation flexible à des circonstances changeantes. Dans la pratique, en revanche, des prescriptions dans des **règlements de placement** séparés sont une bonne manière de formuler les souhaits concrets du fondateur en matière de placement de la fortune. Ces prescriptions peuvent faire office d'aide à la navigation pour le Conseil de fondation et, si nécessaire, permettre une certaine souplesse et un développement – dans le cadre du pouvoir discrétionnaire adéquat – jusqu'à la révision de certaines ou de toutes les directives. Les prescriptions et les directives en matière de placement de la fortune tirées de l'acte de fondation et des règlements doivent être prises en compte par le Conseil de fondation (selon leur formulation, elles s'accompagnent d'un caractère obligatoire ou donnent un cadre d'appréciation) et priment en règle générale sur les principes généraux édictés par le Tribunal fédéral.



S'agissant de la gestion de la fortune, les **directives de placement** pourraient en tout état de cause contenir les informations suivantes:

- détermination d'une stratégie de placement, en prenant en compte les objectifs à court, moyen et long terme;
- réglementation des questions organisationnelles: qui est responsable de quoi, comment éviter les conflits d'intérêts;
- prescriptions relatives à la mise en œuvre concrète, à la surveillance et, le cas échéant, à l'adaptation de la stratégie de placement mise en œuvre.

Bien entendu, même si des directives de placement ont été formulées, il sera toujours possible et nécessaire d'**exercer correctement le pouvoir discrétionnaire**. Parmi les différentes approches d'investissement qui peuvent être envisagées, les organes de la fondation doivent choisir ou développer puis progressivement mettre en œuvre l'approche qui convient le mieux au caractère et aux ressources de la fondation. Par ailleurs, il est indispensable de créer des structures adéquates qui permettent la mise en œuvre réussie de la stratégie de placement retenue.

Pour ce faire, le Conseil de fondation doit donc également prévoir une **organisation de placement** qui semble appropriée et adaptée à la taille de la fondation et à la complexité de sa fortune, tout en tenant compte de l'acte de fondation et des éventuels règlements. Plus précisément, outre la nomination d'un directeur, la création d'une commission de placement en tant qu'organe supplémentaire facultatif peut être envisagée. Un comité de placement peut également être formé au sein du Conseil de fondation et des experts en placements ou gestionnaires de fortune externes peuvent être consultés.

Cela étant, bien que des tâches soient déléguées et que des experts externes soient invités à intervenir, la bonne définition et la mise en œuvre efficace de la stratégie de placement sont et restent la **responsabilité du Conseil de fondation**. S'il fait appel à **des tiers externes à la fondation** pour placer la fortune (par exemple un gestionnaire de fortune), le Conseil

de fondation doit en outre veiller à les sélectionner, à les instruire et à les surveiller comme il se doit (voir point 2.5 sur l'influence de la structure de l'organisation sur la responsabilité).

Dans ce contexte, les directives de placement doivent aussi clairement contenir des réglementations sur la prévention et la gestion des **conflits d'intérêts** (voir point 2.3 sur les conflits d'intérêts). Au moment de l'attribution de mandats de gestion de fortune, en particulier, il faut prêter attention aux situations qui recèlent typiquement un potentiel de conflit (par exemple la conclusion d'un contrat de gestion de fortune entre la fondation et un membre du Conseil de fondation ou une personne qui lui est proche). Ou en analysant la situation depuis une autre perspective: est-il judicieux de faire siéger au Conseil de fondation un membre d'un établissement bancaire ou de gestion de fortune et de lui confier la gestion de la fortune? Faut-il plutôt l'éviter de façon à préserver l'indépendance de la gestion de fortune, compte tenu aussi des établissements bancaires impliqués?

Dans tous les cas, le placement de la fortune doit être régulièrement **examiné** par le Conseil de fondation et à la lumière des directives de placement existantes. Ce faisant, le Conseil de fondation doit systématiquement porter un regard critique sur le rendement du placement, afin de s'assurer qu'il a répondu (et pourra continuer de répondre) aux attentes et aux objectifs associés au placement, en tenant également compte du risque encouru. Si nécessaire, le Conseil de fondation doit ajuster la stratégie de placement ou prendre les mesures correctives correspondantes. Dans la pratique de la fondation, un **examen périodique** de la stratégie de placement est recommandé tous les deux à trois ans, à moins que des événements spéciaux n'exigent une action plus rapide. Les résultats de cet examen doivent en outre être documentés par écrit à des fins de preuve.

Sans prétendre à l'exhaustivité, les personnes impliquées dans la fondation devraient notamment tenir compte des **aspects** ci-après à l'heure d'élaborer une nouvelle stratégie de placement ou de mettre en œuvre une stratégie existante:

- Quel type de placement de la fortune l'activité concrète de la fondation requiert-elle?
- Quel est le rendement visé à court, moyen et long terme compte tenu du but de la fondation?
- Le Conseil de fondation doit-il s'aligner sur un indice de référence donné? Doit-il par exemple générer un rendement correspondant en moyenne à la performance d'un indice boursier?
- Qu'en est-il de la capacité à assumer des risques de la fondation?
- La diversification de la fortune de la fondation est-elle suffisante? Comment traiter les accumulations de risques?

- Dans quelles catégories de placement (liquidités, obligations, actions, immobilier...) la fortune doit-elle être investie? Faut-il fixer un pourcentage limite pour certaines classes d'actifs (par exemple limiter à 50% la part de la fortune de la fondation placée dans des actions)?
- Existe-t-il un rapport entre le but de la fondation et des formes particulières de placement?
- Des formes alternatives de placement «mission-based investments», ISR, modèles d'encouragement entrepreneurial) doivent-elles être autorisées ou même privilégiées?
- De quelles structures organisationnelles la fondation a-t-elle besoin pour mettre en œuvre la stratégie de placement retenue?
- Le Conseil de fondation doit-il faire appel à l'expertise de tiers externes? Peut-on garantir que les décideurs agissent sans conflit d'intérêts lorsqu'ils prennent des décisions de placement?



Recommandations sur la stratégie de gestion de fortune et de placement:

- En tant que fondateur, posez-vous très tôt la question de savoir comment structurer et gérer la fortune de votre future fondation.
- Élaborez des directives de placement sur la base de vos souhaits, de vos objectifs et de vos attentes réalistes, et veillez à ce qu'elles permettent une gestion moderne de la fortune ou une adaptation opportune si les circonstances évoluent.
- Dès la constitution de la fondation, indiquez si la fondation pourra également réaliser des placements entrepreneuriaux, et donc peut-être risqués. Familiarisez-vous avec les différents concepts d'une gestion de la fortune axée sur le but de la fondation et/ou la durabilité.
- Examinez si la fondation serait en mesure de poursuivre ses buts d'une façon raisonnable et efficace uniquement grâce aux revenus générés par la fortune de la fondation, ou si et dans quelles conditions l'utilisation du capital initial devrait être possible. Ainsi, une fondation avec une fortune de plusieurs millions est par exemple à même de générer moins d'impact avec ses seuls revenus qu'une fondation basée sur la consommation d'une dotation de 500 000 CHF. Posez-vous donc une question: l'impact est-il permanent mais moins significatif au niveau du contenu, ou est-il limité dans le temps mais plus prononcé pour ce qui est de la poursuite du but de la fondation?
- En tant que fondateur ou membre du Conseil de fondation, vous devez clarifier à l'avance en cas de doute si une stratégie de placement souhaitée est également pertinente et autorisée à l'aune du droit des fondations et de l'intérêt public. Si un concept de placement mis en œuvre est contraire à la loi ou aux statuts, il doit être corrigé ultérieurement et peut également entraîner une responsabilité ou la perte de l'exonération fiscale.
- En tant que membre du Conseil de fondation, pas question d'être en pilotage automatique en ce qui concerne la stratégie de placement: ce qui était le bon placement hier pourrait être inadapté demain. Si vous n'êtes pas directement responsable du placement, vous devriez régulièrement demander des informations au membre du comité compétent ou au gestionnaire de fortune afin de remplir vos obligations de surveillance.
- N'hésitez pas à aborder les questions relatives aux placements de la fortune au sein du Conseil de fondation, même si vous n'êtes pas expert dans tous les détails. En cas de doutes, demandez un avis indépendant. Si les doutes ne peuvent être levés, vous devriez avoir le courage de renoncer à un placement particulier le cas échéant. Rappelez-vous à cet égard l'adage: «L'ignorance ne protège pas de la responsabilité».

Les placements durables auprès du Credit Suisse

Grâce aux placements durables, une fondation peut au minimum éviter que ses investissements soient contraires à son but. Elle peut aussi les utiliser activement pour renforcer le poids dudit but. Mais que signifie investir durablement et comment un conseiller en placement spécialisé aborde-t-il cette thématique?

De fait, chaque investisseur possède sa propre notion en matière de placements durables. Pour les uns, l'objectif est d'exclure les entreprises soupçonnées de ne pas respecter les normes internationales. Pour d'autres, il s'agit d'investir dans des entreprises qui travaillent à la concrétisation de percées technologiques susceptibles de résoudre les problèmes les plus urgents de l'humanité. Toutes ces approches ont cependant en commun de vouloir satisfaire au rôle central des considérations ESG* dans toutes les phases du processus de placement – de la définition des exclusions au «High conviction impact investing».

L'exemple du cadre opérationnel du Credit Suisse permet d'identifier trois approches principales en matière de placements durables:

Exclusions: ces stratégies visent à mettre à disposition des clients des placements qui n'occasionnent aucun dommage ou sont conformes à leurs valeurs.

Intégration de critères ESG: ces stratégies prennent les principaux facteurs ESG en considération dans leur processus de placement, afin de générer des rendements ajustés aux risques supérieurs.

Placements thématiques durables et placements à impact: ces stratégies entendent mobiliser des capitaux au profit d'entreprises proposant des solutions aux défis sociétaux:

- Placements thématiques et axés sur les résultats: ces dernières années, certains secteurs comme l'éducation, la santé et les énergies renouvelables ont connu une très forte croissance. Les gérants de fonds ont lancé des fonds qui investissent dans les entreprises de ces secteurs, tant sur les marchés publics que privés.
- Le placement à impact constitue une sous-catégorie des stratégies de placement durables, qui vise à générer des effets positifs mesurables.

Chacune de ces approches crée sa propre valeur ajoutée et s'adresse à certains types d'investisseurs poursuivant différents objectifs de placement.

Un tel cadre de référence pour les placements durables n'a pas pour vocation d'imposer des valeurs aux investisseurs ou à la place financière, mais plutôt de faire en sorte que les paroles et les actes de toutes les parties prenantes soient cohérents, selon la devise: «Nous disons ce que

nous faisons et faisons ce que nous disons.» Cela s'applique tout particulièrement aux fondations d'utilité publique, très souvent jugées à l'aune de leur aptitude à être les ambassadrices d'une thématique durable donnée. Lors de la composition de leur portefeuille de placements, ces fondations devraient donc veiller à utiliser les stratégies de développement durable adéquates et – dans un souci de transparence maximale – à opter pour une offre à classification sans ambiguïté et un reporting complet.

Credit Suisse, Sustainability, Research and Investment Solutions

Client Journey (conseil et reporting)

Transparence complète s'agissant des risques, opportunités et répercussions liés aux considérations ESG au sein du portefeuille

Active Ownership & Collaborative Leadership

Le «Collaborative Leadership» possède le potentiel de transformer notre rôle d'entreprise qui alloue des capitaux en moteur de la mutation. Notre engagement entrepreneurial, notre approche active en matière d'exercice des droits de vote et notre action commune nous confèrent de l'influence et contribuent à rendre les entreprises plus durables.

Exclusions (dures)

Éviter les investissements dommageables

- Écartement systématique de tout engagement dans des domaines controversés ou des comportements non éthiques
- Exclusions basées sur des normes
- Exclusions basées sur des valeurs
- Exclusions en raison du comportement commercial (infractions au Pacte mondial des Nations Unies)

Intégration

Décisions de placement fondées grâce à l'intégration de connaissances ESG

- Prise en considération des principaux risques et opportunités ESG sur le plan financier
- Utilisation de l'expertise sectorielle dans le domaine de la durabilité en tant que base décisionnelle
- Réflexion de la Credit Suisse House View en matière de thématiques ESG
- Intégration des critères ESG dans les processus de placement en combinaison avec une analyse financière
- Approche spécifique selon la classe d'actif, les caractéristiques des produits et les objectifs de placement

Placements thématiques et à impact

Solutions de placement pour le développement durable

- **Orientation thématique et en fonction de l'impact**
 - Participation à des thématiques relatives à la croissance durable
 - Entreprises contribuant positivement aux ODD
 - Stratégies liquides pour l'essentiel
- **Impact Investing**
 - Produits pleinement conformes à la définition de la SFI de l'«Impact Investing», c.-à-d. générant des effets positifs mesurables sur le plan social et écologique ainsi que des rendements financiers
 - Contribution des investisseurs à l'impact des entreprises par le biais du financement de leur croissance ou «Active Ownership» (actionariat actif)
 - Stratégies liquides pour l'essentiel

* ESG: responsabilité de l'entreprise dans les domaines de l'environnement (E), du social (S) et de la gouvernance (G).

4

Gestion des fondations: l'heure est à la modernité

- 4.1 Un objectif de fondation modulable permet des réinterprétations et une marge de manœuvre
- 4.2 Le Conseil de fondation doit être capable d'agir et de prendre des décisions
- 4.3 La réalisation d'objectifs requiert du potentiel
- 4.4 L'esprit d'entreprise pour la bonne cause
- 4.5 Le succès d'une fondation dépend de ses performances
- 4.6 Perspectives

Ce chapitre met en avant les bases d'une gestion efficace et axée sur les objectifs, à prendre en compte avant même la création d'une fondation. Au premier plan se trouvent la formulation de l'objectif de la fondation, l'organisation de la fondation, la fortune de la fondation et l'approche conceptuelle du soutien envisagé.

John D. Rockefeller était un entrepreneur hors du commun et un généreux philanthrope. Dans le sillage de son empire pétrolier, il a créé l'une des plus grandes fondations au monde à ce jour: la Fondation Rockefeller. Et si l'empire pétrolier a été démantelé de son vivant, la fondation, elle, existe toujours aujourd'hui. Ses enfants ont eux aussi profité de ce patrimoine et ont créé à leur tour le Rockefeller Brothers Fund, qui a pour objectif de promouvoir la démocratie, le développement durable et la paix. En 2014, cette fondation a fait la une des journaux du monde entier en annonçant qu'elle cesserait d'investir dans l'industrie pétrolière. En effet, au sens des responsables de la fondation, la source de la fortune de la fondation n'était plus compatible avec son objectif.

Le Rockefeller Brothers Fund illustre à merveille certains critères essentiels de la gestion moderne des fondations: en revendiquant l'objectif de la fondation, le Conseil de la fondation s'est démarqué de son passé. Cet exemple montre avec la manière qu'une fondation axée sur le long terme doit être en mesure de se **réinterpréter** et de réagir aux changements sociaux.

4.1 Un objectif de fondation modulable permet des réinterprétations et une marge de manœuvre

Par le passé, il était d'usage de formuler de manière aussi précise que possible les objectifs d'une fondation. Dans la plupart des cas, le cercle des bénéficiaires était délimité par divers critères, ou des clés de répartition étaient déterminées pour la distribution. Or, ce qui était supposé

protéger la volonté du fondateur finissait souvent par prendre en otage les Conseils de fondation ultérieurs. Impossible en effet de prédire l'évolution future de la société – surtout dans notre société technologique. Un regard au monde de l'entreprise suffit pour s'en convaincre: en 2002, Nokia était le plus grand producteur mondial de téléphones mobiles. À peine quelques années plus tard, en 2014, la marque avait pratiquement disparu. Et si les téléphones portables de Nokia sont revenus sur le devant de la scène, d'autres marques comme Apple, Samsung ou Huawei dominant désormais le marché. En fin de compte, au-delà de la réalisation littérale de l'objectif de la fondation, il est bien plus important que les activités de la fondation correspondent aux **valeurs du fondateur** et à l'intention souhaitée.

Au sein des fondations, les décisions fondamentales ayant trait aux objectifs, à l'orientation et à l'organisation sont essentiellement prises avant la création de la fondation. Une fois les faits consignés dans un acte de fondation, ils ne peuvent être modifiés que dans des conditions strictes, et sous le pouvoir de décision de l'autorité de surveillance (cf. 1.4.3). Avant la création de la fondation, le fondateur se doit donc de trouver un **équilibre** entre la garantie de ses idées et la capacité d'action de la fondation. En marge de la formulation de l'objectif de la fondation, et toujours en amont de la création, il lui faut examiner la rentabilité de sa fondation à l'aide d'un business plan. Cette étape implique notamment de se demander quelles fondations et quels bénéficiaires sont déjà actifs dans le domaine souhaité, et comment la future fondation pourrait apporter une contribution efficace dans

- Mise en œuvre efficace de l'objectif de la fondation: les principes de gouvernance de la fondation contribuent à orienter les processus de décision et toutes les autres activités de la fondation autour de la réalisation de son objectif. Si le Conseil de fondation se dote d'une constitution cohérente et agit en conséquence, il a ensuite plus de temps pour se consacrer à ses activités essentielles de soutien.
- Contrôles et équilibres: le Conseil de fondation a une responsabilité en tant qu'organe global, mais il peut déléguer certaines tâches. Comme il est souvent à la fois organe d'exécution et organe de contrôle, il faut donc tout particulièrement veiller à l'équilibre des pouvoirs.
- Transparence: les fondations ont tendance à manquer de transparence du fait du faible niveau d'exigences légales. Au sein de la fondation, des processus transparents sont nécessaires pour mettre en œuvre de façon efficace l'objectif de la fondation. Parmi ceux-ci figurent des documents fondamentaux (règlements d'organisation et de placement), une présentation des comptes détaillée et une communication active sur les objectifs et les activités de soutien de la fondation.
- Responsabilité sociale: si les fondations disposent d'une grande autonomie, cela ne veut pas dire qu'elles peuvent se développer indépendamment de la société. Dans le cadre de l'objectif de la fondation, les évolutions sociales et les grandes problématiques sociétales doivent en effet être prises en compte.

ce domaine. De plus, les coûts futurs à prévoir et les subventions disponibles sont également calculés. Outre les coûts de création, il faut avant tout calculer les coûts annuels liés à la surveillance, à l'audit et à la gestion de fortune. Même le bénévolat ne peut permettre d'éviter ces dépenses, qui réduisent dans tous les cas les fonds disponibles pour aider concrètement les bénéficiaires.

Une autre décision importante à prendre avant la création de la fondation porte sur la conception des structures de direction et, par conséquent, sur la composition et l'organisation du Conseil de fondation.

4.2 Le Conseil de fondation doit être capable d'agir et de prendre des décisions

Le Conseil de fondation est à la fois **la tête et le cœur de la fondation** (cf. 2.4). C'est lui qui prend toutes les décisions d'importance. Dans le même temps, il s'engage à donner vie à l'objectif de la fondation. Hormis l'autorité de surveillance, qui procède à un examen juridique formel, le Conseil de fondation n'a de comptes à rendre à personne pour ses actions. Il est donc d'autant plus essentiel qu'il se fixe des règles claires et qu'il examine régulièrement ses actions en faisant preuve de suffisamment d'autocritique.

Le «Swiss Foundation Code» offre une aide pratique en la matière. Il définit quatre principes de base pour la gouvernance d'une fondation (cf. 1.6):

“
La planification successorale est un aspect important d'un Conseil de fondation efficace. Comme dans la plupart des Conseils de fondation de nouveaux membres sont élus et mis en place par les membres existants (cooptation), il n'est pas rare que la recherche soit limitée au cercle le plus proche de connaissances et d'amis.

Au fil de 28 recommandations, le «Swiss Foundation Code» propose des aides concrètes pour mettre en œuvre ces quatre principes. Elles dotent le Conseil de fondation de la capacité nécessaire pour agir et prendre des décisions, de façon à gérer la fondation de manière professionnelle et d'en faire un acteur social de poids.

La **planification successorale** est un aspect important d'un Conseil de fondation efficace. Comme dans la plupart des Conseils de fondation de nouveaux membres sont élus et mis en place par les membres existants (cooptation), il n'est pas rare que la recherche soit limitée au cercle le plus proche de connaissances et d'amis. Souvent, le temps presse au moment de trouver un remplaçant, et les questions de compétences et d'intérêts semblent passer au second plan. C'est la raison pour laquelle la planification successorale est une tâche de longue haleine, même pour les Conseils de fondation de petites fondations. Par exemple, une liste de candidats potentiels ou la possibilité d'observer le travail du Conseil de fondation peuvent être des pistes de solutions aux défis ci-dessus.

Toutefois, si les dispositions relatives à la gouvernance et à la composition du Conseil de fondation sont des instruments utiles, elles sont finalement vaines si la fondation ne dispose pas des **ressources nécessaires** pour atteindre son objectif.

4.3 La réalisation d'objectifs requiert du potentiel

Une fondation se définit aussi par sa fortune. Sans fortune, elle n'est pas en mesure d'agir. Le Conseil de fondation doit donc traiter cette ressource essentielle avec d'autant plus de soin. À l'heure actuelle, le règlement de placement est désormais la norme, et exigé par la plupart des

autorités de surveillance. Ce document constitue la base des mandats confiés aux gestionnaires de fortune et doit garantir que la gestion de la fortune fournit suffisamment de liquidités au bon moment pour les activités de la fondation. Les principaux problèmes de gestion de la fortune concernent (cf. 3.2):

- la préservation du capital (nominal ou réel?);
- la disponibilité du capital (fonds libres ou fonds engagés selon l'acte de fondation?);
- les exigences en matière de liquidités (des afflux réguliers de nouveaux fonds sont-ils nécessaires?);
- les compétences propres au sein du Conseil de fondation.

En Suisse, plus de 80% des fondations d'utilité publique ont une fortune inférieure à 5 millions CHF. La situation actuelle sur les marchés financiers pose des difficultés à nombre de ces fondations, qui doivent à la fois **préserver leur capital** et assurer leurs activités. Dans ce cas, d'autres formes de fondations peuvent être prises en considération. Par exemple, une fondation à capital consommable, dans laquelle le capital est progressivement épuisé jusqu'à la liquidation, ou une fondation faitière qui permet de partager les frais. C'est également au Conseil de fondation d'examiner dans quelle mesure l'objectif de la fondation peut être pris en compte dès le placement de la fortune («mission-based investments»).

La **présentation des comptes** est étroitement liée à la gestion de la fortune. Outre l'obligation d'audit, les fondations sont également soumises

à des exigences plus strictes dans ce domaine depuis l'entrée en vigueur du droit suisse de l'établissement des comptes en 2013. Depuis cette date, les fondations d'utilité publique sont ainsi dans l'obligation de tenir des livres et de présenter des comptes, même si certaines exceptions s'appliquent encore aux petites fondations pour lesquelles un compte de profits et pertes et un justificatif de l'état de la fortune peuvent suffire. En fin de compte, dans un souci de transparence, une comptabilité en partie double est cependant recommandée, ainsi que des comptes annuels avec des annexes, un bilan et un rapport de gestion. La norme Swiss GAAP RPC 21, dont la version révisée est parue en 2015, est également une base solide à cet égard. Dans le sillage des règles d'audit, les grandes fondations, notamment, doivent aussi introduire un système de contrôle interne (SCI) pour évaluer les risques.

Il ne s'agit pas de réduire le potentiel d'une fondation à ses ressources financières: les fondations ont en effet bien davantage à offrir et peuvent soutenir leurs bénéficiaires de diverses manières. La fondation a une ressource importante: son **réseau**, ou les relations des membres de son Conseil de fondation. Ainsi, un coup de téléphone de soutien peut parfois être plus bénéfique à un projet que des ressources financières supplémentaires. La fondation peut également fournir des prestations en nature, comme la mise à disposition de locaux, ou faire office de coordinateur en réunissant différents acteurs. À la faveur de leur indépendance, les

fondations peuvent aussi jouer les médiateurs ou les plates-formes d'échange.

En ce sens, donc, une fondation est bien plus qu'une simple «banque des ONG», et est davantage un **acteur social et entrepreneurial!**

4.4 L'esprit d'entreprise pour la bonne cause

Une fondation n'est pas un compte d'épargne dans lequel on puise de temps à autre. Et si la distribution est perçue non pas comme un don à des personnes dans le besoin, mais comme un investissement dans la société, alors une toute nouvelle perspective se dessine: la fondation devient une interface qui fournit de précieux services en séparant les bons projets des mauvais, en améliorant les projets par le débat ou en créant des liens entre différents partenaires. La création de valeur d'une fondation réside moins dans le rendement financier du capital de la fondation que dans les **processus de sélection et de soutien**. Une bonne sélection des projets aide à la fois la fondation et la société dans son ensemble. Aussi une fondation doit-elle, comme le ferait une entreprise, débattre des objectifs stratégiques, définir des mesures de mise en œuvre et établir des critères de contrôle.

Dans l'optique de la mise en œuvre, une fondation doit se poser les questions suivantes et formuler ses propres principes:

- Qui aider? Une fondation peut apporter son soutien à des individus, des organisations ou des institutions. Les processus de demande, les procédés de sélection et la communication doivent donc être conçus différemment selon les cas.
- Comment aider? Au lieu d'attendre passivement que des demandes ne lui parviennent, une fondation peut choisir des approches créatives de soutien: concours, promotion structurée d'un programme, «Request for Proposal» (invitations) ou «Matching Funds» (financements partiels).
- Quand aider? De nombreuses fondations privilégient les financements de départ, afin de s'assurer qu'elles promeuvent bien quelque chose de nouveau, et parce qu'à ce stade, même un petit montant peut faire la différence. Cela étant, une fondation peut également avoir pour objectif de prendre en charge des mises à l'échelle de projets ou de financements d'exploitations, voire un financement complet. Le choix du moment dépend donc aussi du potentiel financier.
- Avec quel montant aider? Le travail de la fondation est plus facile si le Conseil de fondation prend certaines décisions de principe portant sur les montants et la portée du soutien. Pour ce qui est des contributions, il faut décider, à l'aune du montant total des subventions, s'il est plus judicieux de soutenir de nombreux petits projets ou quelques-uns seulement. Il peut également être utile de définir un montant maximum et de le communiquer. La portée du soutien a trait à la relation avec les bénéficiaires. Ainsi, une fondation peut au choix demeurer au second plan et se contenter de fournir des fonds, ou suivre les projets de très près. Entre ces deux extrêmes, de nombreuses positions sont bien sûr possibles. Si la portée du soutien est fonction de chaque projet individuel, le Conseil de fondation doit déterminer un principe d'approche typique et en faire part au monde extérieur.

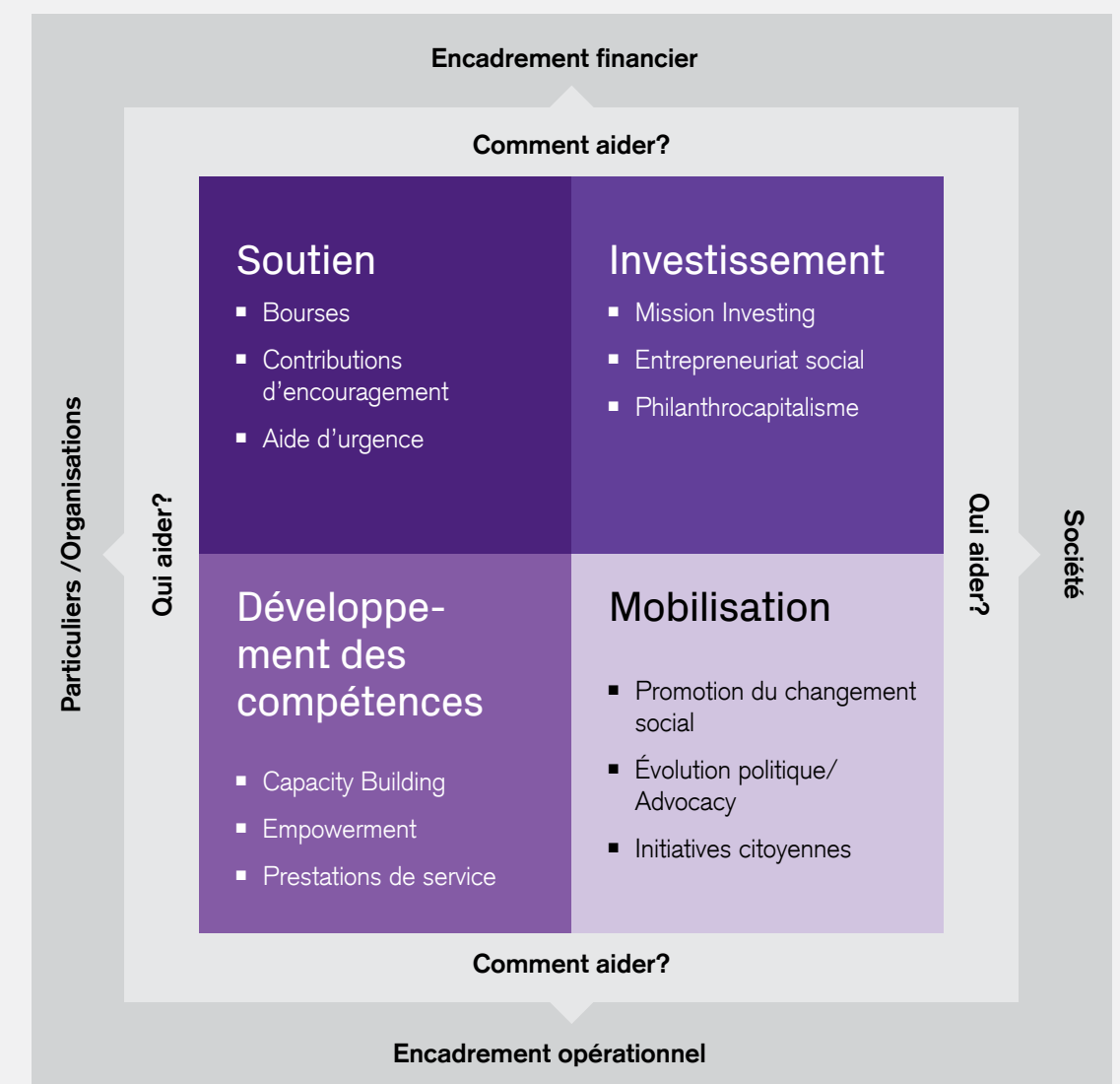
La **boîte à outils philanthropique** (fig. XX) donne un aperçu des multiples possibilités qui s'offrent aux fondations à l'heure de poursuivre leur objectif. Une première distinction s'opère en fonction des bénéficiaires s'agit-il de bénéficiaires spécifiques sélectionnés de manière ciblée, ou de la société dans son ensemble? L'autre distinction porte sur l'utilisation des ressources: le soutien prend-il uniquement la forme de fonds, ou d'autres ressources (réseau, connaissances, etc.) sont-elles allouées?

Les quatre quadrants ne s'excluent pas et peuvent tout à fait interagir. Les demandes de financement classiques figurent dans le quadrant **soutien**, où les projets sont soutenus individuellement ou intégrés dans des programmes. Le **développement des compétences**, qui met en avant le principe d'aider les gens à s'aider eux-mêmes, veut faire en sorte que grâce au transfert de connaissances et à l'acquisition de compétences, les bénéficiaires ne dépendent pas indéfiniment du financement de la fondation. La **mobilisation** est la possibilité d'atteindre un changement social par la promotion de réseaux et d'échanges, que ce soit dans le cadre d'un activisme politique ou de projets

concrets tels que des associations de quartier. Enfin, les **investissements** touchent à la fois la recherche de fonds et l'utilisation des fonds. Pour ce qui est de la recherche de fonds, une partie du capital de la fondation peut déjà être allouée de manière à promouvoir l'objectif de la fondation (placement à impact, cf. 3.3.2). Le philanthropisme s'appuie sur les principes du financement du capital-risque pour déployer des subventions avec une perspective claire de rendement et de développement.

Ainsi, dans la réalisation de son objectif, une fondation s'accompagne de multiples formes de créativité et d'inventivité – sans que cela soit uniquement le fait de la fondation elle-même, voire de quelques particuliers. Il s'agit davantage de voir comment la fondation façonne **ses relations avec son environnement**. Une communication ouverte et une relation de partenariat avec les bénéficiaires permettent ainsi de donner naissance à des projets plus intéressants et plus innovants.

Cela suppose que l'activité de la fondation ne s'arrête pas à la distribution de fonds, car le **suivi du projet** est tout aussi important. Enfin,





Recommandations pour la mise en oeuvre:

- Effectuez une «analyse de marché» pour clairement établir que votre concept de soutien s'accompagne bien d'un besoin réel.
- Mettez votre concept à l'épreuve: renseignez-vous auprès de personnes travaillant dans le domaine visé, ou parlez-en avec d'autres fondations.
- Vérifiez la concordance de la fortune, de l'objectif et de l'organisation de la fondation. Pour que la fondation puisse accomplir un travail efficace, ces trois points doivent être harmonisés.
- Établissez un business plan pour votre fondation et calculez les frais courants qui seront engendrés chaque année. Les fonds restants seront-ils suffisants pour atteindre l'objectif de la fondation?
- Outre l'acte de fondation, rédigez d'autres documents de conduite, notamment des principes directeurs, un règlement d'organisation et un règlement de placement.
- Définissez des directives de soutien dans un règlement correspondant.

Sur la base d'une telle théorie du changement, une fondation peut évoquer les avantages prévus d'un projet avec les bénéficiaires, et des objectifs communs peuvent être fixés – ainsi que des conséquences positives et négatives définies.

4.6 Perspectives

Si elles s'accompagnent de quantité de nouvelles formes et de nouveaux instruments, les fondations demeurent pour ainsi dire l'étalon-or de la philanthropie. Elles allient tradition et avenir, impact actuel et responsabilité à long terme, engagement privé et utilité publique. Afin qu'une fondation puisse tenir toutes ces promesses, le fondateur (avant la création de la fondation) et le Conseil de fondation, en sa qualité d'organe suprême, doivent veiller à ce que la fondation ait l'esprit d'entreprise et soit axée sur l'impact. Ce n'est qu'à cette condition qu'une vénérable institution comme le Rockefeller Brothers Fund pourra conserver son rôle de pionnier et donner des impulsions positives à la société.

(Pour des informations détaillées sur la gestion des fondations: VON SCHNURBEIN / TIMMER, Die Förderstiftung, 2^e édition, 2015)



difficile de penser qu'un projet qui s'étale sur plusieurs années se déroulera exactement comme prévu à l'origine. Au contraire! Un projet qui aboutira exactement aux résultats attendus ne sera probablement pas très innovant et n'aura rien apporté de nouveau. Grâce au suivi du projet, la fondation soutient son bénéficiaire, de façon à l'aider à composer avec les aléas au fil du projet et à ne pas le laisser seul.

4.5 Le succès d'une fondation dépend de ses performances

Avec la décision du Rockefeller Brothers Fund de rompre avec sa propre histoire, il apparaît que les fondations sont toujours plus exposées à l'opinion publique. Et par conséquent, les fondations sont de plus en plus tenues de démontrer leurs performances. Or, contrairement aux entreprises, la publication des chiffres sur leur situation financière ne suffit pas, car ceux-ci ne reflètent en rien la réalisation de l'objectif d'une fondation. Pas question non plus d'obliger les fondations à

recourir à des modèles d'évaluation sophistiqués et coûteux. Cependant, les fondations devraient se pencher sur leur impact. La **théorie du changement** («Theory of Change»), postulat de l'action des fondations, est un fondement essentiel d'un soutien axé sur l'impact. Il s'agit d'une idée ou d'une approche de réflexion autour de la manière dont les soutiens apportés par une fondation contribueront au changement social souhaité.

Une fondation peut par exemple avoir la conviction que la diminution des maladies infantiles augmentera le niveau d'éducation d'un pays, puisque les enfants manqueront moins à l'école. Pourtant, il est difficile et financièrement coûteux de mesurer directement cette corrélation. La fondation se concentrera donc sur les soins médicaux et n'examinera pas toutes les étapes intermédiaires et les mesures complémentaires nécessaires jusqu'à ce que l'objectif en matière d'éducation soit atteint. Pour définir une théorie du changement, les aspects suivants doivent être clarifiés:

- «Input»: quelles ressources financières, personnelles et structurelles la fondation met-elle à la disposition d'un projet?
- «Output»: quels sont les résultats ciblés et concrets? Dans le projet mentionné à titre d'exemple: le nombre d'enfants traités dans le cadre du projet.
- «Outcome»: quel est l'avantage immédiat de l'activité? Dans le projet mentionné à titre d'exemple: les enfants sont moins malades.
- «Impact»: quel est l'avantage social du projet? Dans le projet mentionné à titre d'exemple: réduction de l'absentéisme scolaire / meilleur taux de réussite scolaire.

5

Recommandations d'action

Vous trouverez ci-après un résumé des recommandations portant sur différents domaines, que vous soyez fondateur ou membre d'un Conseil de fondation.

Recommandations sur les bases du droit des fondations

- Vérifiez systématiquement si la constitution de la fondation s'inscrit dans les conditions-cadres individuelles de la planification patrimoniale et successorale, si elle peut être intégrée judicieusement dans les éventuelles prétentions liées au droit du régime matrimonial et au droit successoral et si elle laisse une marge de manœuvre face aux aléas de la vie.
- Ayez les idées claires quant aux raisons qui vous amènent à constituer une fondation et réfléchissez, ou demandez conseil, afin de déterminer la meilleure façon de les mettre en œuvre au moment de la conception de votre fondation.
- Songez soigneusement à ce que devrait être le but de votre fondation personnelle et à la meilleure façon de le formuler. Car en définitive, le but de la fondation reflété dans l'acte sera la ligne directrice de toutes les actions futures de la fondation – y compris des vôtres en tant que fondateur.
- Considérez la fortune que vous souhaitez allouer à votre projet de fondation, que vous pouvez raisonnablement réunir et que vous pouvez attendre de tiers; orientez également votre projet de fondation concret selon la fortune de la fondation et optez pour la structure juridique appropriée, de façon à éviter de créer une fondation inefficace ou rapidement obsolète.
- Trouvez une organisation au sein de laquelle vous pouvez concrétiser les possibilités d'engagement qui correspondent à vos idées et à vos capacités professionnelles. Toutefois, prenez aussi des dispositions pour que votre fondation fonctionne sans vous.
- Considérez qu'il est de votre responsabilité de trouver un système de gouvernance interne individuel pour votre fondation qui – en marge de la surveillance externe de la corporation publique – protège au mieux votre fondation et votre volonté des conflits d'intérêts et des manquements.

Recommandations sur les bases du droit fiscal

- Ne pensez pas exclusivement à l'impact fiscal – commencez toujours par planifier les aspects de droit civil avant de passer à ceux de droit fiscal: votre projet doit fonctionner sur le plan du droit civil et le résultat doit faire sens sur la durée en termes de droit des fondations. Il pourra ensuite être optimisé au niveau du droit fiscal.
- Lors de toute constitution de fondation reposant sur un statut d'utilité publique, les critères d'exonération fiscale doivent être clarifiés au préalable avec les autorités fiscales.
- Pour les projets de fondation ayant un rapport avec l'étranger, il faut redoubler de prudence et recourir dans tous les cas à un conseil compétent.

Recommandations sur les questions liées aux règles d'organisation du Conseil de fondation

- Au moment de constituer votre fondation, réfléchissez en tant que fondateur à la future organisation de la fondation et à la composition du Conseil de fondation. Assurez-vous que vous pouvez apporter vos compétences à votre fondation, mais que celle-ci pourra également fonctionner sans vous, notamment après votre décès.
- En tant que fondateur, décidez de la marge de manœuvre que vous souhaitez accorder au Conseil de fondation. N'oubliez jamais que vous ne pouvez prédire les évolutions futures que dans une mesure limitée. Par conséquent, évitez les instructions trop rigides et laissez aux organes de la fondation le soin de faire évoluer celle-ci de manière dynamique, conformément à vos lignes directrices.
- En votre qualité de fondateur, abordez les questions de responsabilité, de conflits d'intérêts et de mécanismes de contrôle interne avec la même proactivité que la question de la recevabilité et, le cas échéant, du montant des honoraires du Conseil de fondation.
- En tant que membre du Conseil de fondation, vous devez savoir si et dans quelle mesure le fondateur vous a octroyé ou laissé une marge de manœuvre en matière de développement et de prise de décision, et où il existe le cas échéant des prescriptions immuables définissant l'identité de la fondation.
- Exercez correctement vos fonctions au sein du Conseil de fondation, et surtout sans erreur d'appréciation. Élaborez une procédure de décision adaptée et compréhensible (en particulier s'il n'existe aucune prescription du fondateur) et documentez soigneusement chaque processus de décision, notamment lorsqu'il a trait à des questions controversées, risquées et fondamentales.
- Évitez les conflits d'intérêts et prévoyez des mécanismes pour y faire face. Si vous vous demandez si votre mandat au sein du Conseil de fondation ne vous place pas devant un conflit d'intérêts, vous devez en discuter de manière transparente au sein du Conseil de fondation. En cas de doute justifié, vous devriez envisager de vous mettre en retrait.

Recommandations sur la stratégie de gestion de fortune et de placement

- En tant que fondateur, posez-vous très tôt la question de savoir comment structurer et gérer la fortune de votre future fondation.
- Élaborez des directives de placement sur la base de vos souhaits, de vos objectifs et de vos attentes réalistes, et veillez à ce qu'elles permettent une gestion moderne de la fortune ou une adaptation opportune si les circonstances évoluent.
- Dès la constitution de la fondation, indiquez si la fondation pourra également réaliser des placements entrepreneuriaux, et donc peut-être risqués. Familiarisez-vous avec les différents concepts d'une gestion de la fortune axée sur le but de la fondation et/ou la durabilité.
- Examinez si la fondation serait en mesure de poursuivre ses buts d'une façon raisonnable et efficace uniquement grâce aux revenus générés par la fortune de la fondation, ou si et dans quelles conditions l'utilisation du capital initial devrait être possible. Ainsi, une fondation avec une fortune de plusieurs millions est par exemple à même de générer moins d'impact avec ses seuls revenus qu'une fondation basée sur la consommation d'une dotation de 500 000 CHF. Posez-vous donc une question: l'impact est-il permanent mais moins significatif au niveau du contenu, ou est-il limité dans le temps mais plus prononcé pour ce qui est de la poursuite du but de la fondation?
- En tant que fondateur ou membre du Conseil de fondation, vous devez clarifier à l'avance en cas de doute si une stratégie de placement souhaitée est également pertinente et autorisée à l'aune du droit des fondations et de l'intérêt public. Si un concept de placement mis en œuvre est contraire à la loi ou aux statuts, il doit être corrigé ultérieurement et peut également entraîner une responsabilité ou la perte de l'exonération fiscale.
- En tant que membre du Conseil de fondation, pas question d'être en pilotage automatique en ce qui concerne la stratégie de placement: ce qui était le bon placement hier pourrait être inadapté demain. Si vous n'êtes pas directement responsable du placement, vous devriez régulièrement demander des informations au membre du comité compétent ou au gestionnaire de fortune afin de remplir vos obligations de surveillance.
- N'hésitez pas à aborder les questions relatives aux placements de la fortune au sein du Conseil de fondation, même si vous n'êtes pas expert dans tous les domaines. En cas de doutes, demandez un avis indépendant. Si les doutes ne peuvent être levés, vous devriez avoir le courage de renoncer à un placement particulier le cas échéant. Rappelez-vous à cet égard l'adage: «L'ignorance ne protège pas de la responsabilité».

Recommandations pour la mise en œuvre

- Effectuez une «analyse de marché» pour clairement établir que votre concept de soutien s'accompagne bien d'un besoin réel.
- Mettez votre concept à l'épreuve: renseignez-vous auprès de personnes travaillant dans le domaine visé, ou parlez-en avec d'autres fondations.
- Vérifiez la concordance de la fortune, de l'objectif et de l'organisation de la fondation. Pour que la fondation puisse accomplir un travail efficace, ces trois points doivent être harmonisés.
- Établissez un business plan pour votre fondation et calculez les frais courants qui seront engendrés chaque année. Les fonds restants seront-ils suffisants pour atteindre l'objectif de la fondation?
- Outre l'acte de fondation, rédigez d'autres documents de conduite, notamment des principes directeurs, un règlement d'organisation et un règlement de placement.
- Définissez des directives de soutien dans un règlement correspondant.

6

Index des sources et ouvrages complémentaires

Baumann Lorant Roman, Der Stiftungsrat: Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Zurich 2009.

Frumkin Peter, Strategic Giving, 2006, Chicago: Chicago University Press.

Grüninger Harold, Vor Art. 80-89a ZGB, dans: Geiser/Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6^e édition, Bâle 2018.

Guggi, Katharina/Jakob Julia/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg, Rapport sur les fondations en Suisse 2021, CEPS Forschung und Praxis, Volume 14, Bâle 2021 (publication annuelle).

Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), Jusletter du 20.04.2020.

Jakob Dominique, The role of foundations in family governance, Trusts & Trustees 1/2020, pp. 4-10.

Jakob Dominique, Die Schweizer Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Entwicklungen, dans: Eckhardt/Sprecher (éd.), Beste Stiftungsratspraxis – Welche Aufsicht haben und welche brauchen wir?, Zurich 2019, pp. 7 ss.

Jakob Dominique, Vor Art. 80-89a ZGB, dans: Büchler/Jakob (éd.), Kurzkomentar ZGB, 2^e édition, Bâle 2018.

Jakob Dominique (éd.), Universum Stiftung, Bâle 2017.

Jakob Dominique (éd.), Stiftung und Familie, Bâle 2014.

Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, ZSR 2013 II, pp. 185-340.

Jakob Dominique (éd.), Stiften und Gestalten – Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld, Bâle 2012.

Jakob Dominique, Schutz der Stiftung: Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006.

Jakob Dominique et al., Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2020, njus.ch, Berne 2021 (publication annuelle).

Jakob Dominique/von Orelli Lukas (éd.), Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit, Berne 2014.

Jakob Dominique/Picht Peter, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, International Journal of Non-for-Profit Law 2012.

Schönenberg Daniela/von Schnurbein Georg, Was macht die Attraktivität eines Stiftungsstandortes aus?, dans: Zeitschrift zum Stiftungs- und Vereinswesen, N° 3/11, 2011, pp. 87-94.

Sprecher Thomas, Stiftungsrecht in a nutshell, Zurich/St-Gall 2017.

Sprecher Thomas/Egger Philipp/von Schnurbein Georg, Swiss Foundation Code 2021, Principes et recommandations pour la constitution et la conduite des fondations donatrices, 4^e édition, Bâle 2021.

Studen Goran, Die Dachstiftung: Das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbstständigen Stiftung, Bâle 2011.

von Schnurbein Georg/Timmer Karsten, Die Förderstiftung, 2^e édition, Bâle 2015.

Check-list pour la constitution d'une fondation

Pour les fondateurs, la check-list ci-après est en quelque sorte une entrée en matière. Des considérations initiales à la constitution définitive de la fondation, elle fait office de fil conducteur et se veut aussi un espace pour le développement d'idées individuelles. Conformément au

concept de guide pratique, la check-list ne prétend pas être exhaustive; elle donne un aperçu condensé des différentes étapes des actions et des procédures particulièrement pertinentes.

Indépendamment de la taille de la fondation, de la complexité des structures et du contenu des activités ultérieures de la fondation, la constitution d'une fondation peut se subdiviser en quatre phases qui s'influencent et se complètent:



l'idée



le concept



le plan



la mise en œuvre



Phase 1: l'idée

- Tout commence par l'idée: que la constitution d'une fondation vous trotte dans la tête depuis des années ou que vous l'envisagiez tout juste, vous devez garder à l'esprit que les jalons de l'impact ultérieur d'une fondation sont posés dès le début du processus.
- Durant cette phase, une question prime sur le reste: **«Quel est l'impact positif que je recherche?»**



Phase 2: le concept

- Si vous avez décidé que la constitution d'une fondation ayant capacité juridique est le bon choix, l'étape suivante consiste à concrétiser l'idée encore rudimentaire de votre fondation.
- Durant cette phase, une question est au premier plan: **«À quoi doit ressembler ma fondation?»**
- Au cours de cette phase consacrée au concept:
 - les grandes lignes de l'idée de la fondation sont précisées;
 - la portée de la fondation est clairement définie;

- Pour y répondre, vous devez vous demander, sur la base d'informations appropriées et après les premières clarifications, si la forme juridique de la fondation est celle qui convient le mieux à votre projet, en tenant compte des alternatives possibles (association, coopérative, SARL ou SA d'utilité publique). Votre idée pourrait-elle être concrétisée tout aussi efficacement sous la forme d'un don, d'une co-affectation ou d'une sous-fondation sous l'égide d'une fondation déjà existante?

- le but de la fondation est décrit et le degré de concrétisation élaboré (si plusieurs buts sont définis, il faut indiquer s'ils sont au même niveau, si certains sont accessoires ou passent après les autres);
- la structure même de la fondation est déterminée: c'est le moment de décider si la fondation sera autonome ou intégrée à une structure supérieure (par exemple une fondation faitière).

- Outre le «comment», la question du «où» se pose également à ce stade: il faut ainsi mettre en place des garde-fous géographiques et établir le siège et la zone d'action de la future fondation (au niveau régional, national, international).



Phase 3: le plan

- À présent que les contours de votre fondation ont été lentement esquissés, place à la phase de planification. Vous devez recourir à une expertise juridique et fiscale pour élaborer vos idées et votre projet, et les intégrer à votre vie personnelle et à votre planification successorale: **«Comment doter mon projet de la meilleure forme qui soit, en adéquation avec le droit des fondations, les droits patrimoniaux et le droit fiscal?»**
- Durant cette phase, les points ci-après sont déterminants:
 - Précisez quelle fortune sera à la disposition de la future fondation et déterminez si la fondation devra recevoir tous les éléments de fortune de votre vivant ou si des parties de ceux-ci proviendront de votre succession ou de tiers.
 - Analysez si la constitution de la fondation, le cas échéant, enfreint des réserves héréditaires et si un accord avec les personnes concernées (par exemple sous la forme d'une renonciation aux réserves héréditaires en faveur de la fondation à constituer) semble réaliste.
 - Vérifiez si, compte tenu du futur but de la fondation, la fortune sera suffisante (rapport



Phase 4: la mise en œuvre

- Une fois les trois premières phases conclues avec succès, l'étape finale consiste à consigner l'ensemble des éléments et des décisions prises dans des documents de fondation et à enregistrer la fondation auprès des autorités compétentes (autorité de surveillance, autorité fiscale, registre du commerce), le cas échéant après un examen préalable.
- L'objectif de la phase de mise en œuvre est de transformer vos attentes, vos souhaits et votre projet – notamment en ce qui concerne le but, la fortune et l'organisation – en dispositions et réglementations concrètes et de les adapter à vos besoins individuels en matière de conception.
- L'acte de fondation, qui contient les informations obligatoires sur la constitution de la fondation sous forme de statuts et d'affectation de la fortune, doit être établi en bonne et due forme. Par ailleurs, des règlements facultatifs permettent de régler de manière flexible les questions ayant trait à l'organisation, à l'administration et à la stratégie.

but-moyens) pour garantir à la fois la viabilité sur le long terme et la réalisation du but; à titre d'alternative, vous devriez également envisager la constitution d'une fondation basée sur la consommation du capital.

- Vous devez également vous demander si les personnes à votre charge et vous-même êtes financièrement à l'abri d'une autre manière, ou si des droits spéciaux sur la fortune de la fondation à constituer doivent être accordés ou réservés en vertu des droits patrimoniaux (par exemple usufruit, droit d'habitation).
- Songez concrètement à l'organisation de votre fondation. Établissez si la fondation devra être dotée d'autres organes (facultatifs) en plus du Conseil de fondation obligatoire (organe suprême de la fondation) et de l'organe de révision prescrit par la loi, afin par exemple de garantir la participation de divers groupes d'experts et groupes d'intérêts ou même de votre famille. Si l'organisation de la fondation s'articule autour de plusieurs organes, il faut définir clairement les compétences et l'autorité de chacun d'entre eux, ainsi que leurs interactions, de manière à parvenir à une «fondation governance» aussi cohérente que possible.

- S'agissant justement de la stratégie, vous devez vous poser une question par rapport à la fortune de votre fondation: **«Quelle stratégie de placement de la fondation doit-elle suivre et à quoi doit ressembler la gestion de la fortune?»** En fonction de la taille de la fondation et de la complexité de la composition de la fortune, il peut être judicieux de créer un règlement de placement pour répondre à ces questions. Examiner le sujet de plus près et demander conseil à un professionnel est une bonne idée, en particulier au moment de vérifier si la stratégie de placement est en adéquation avec les valeurs et les buts de la fondation. Pour le Conseil de fondation (ou un comité spécifique), le règlement peut faire office d'instructions contraignantes, de recommandation ou de ligne directrice.
- Pendant la mise en œuvre, faites-vous dispenser des conseils juridiques et fiscaux exhaustifs. Votre idée de projet en sortira grandie et la boucle sera ainsi bouclée: sachez en effet que les erreurs commises durant cette phase peuvent avoir de lourdes conséquences sur l'impact de la fondation. Qui plus est, les corriger entraîne souvent des frais supplémentaires considérables.

À présent, plus rien ne s'oppose à votre projet: dès que la fondation est inscrite au registre du commerce, elle peut commencer ses activités. Nous vous souhaitons beaucoup de succès et d'épanouissement dans votre fondation.

Ce document est une traduction du texte original allemand. Seule la version originale en allemand fait foi.

Clause de non-responsabilité

Les informations fournies constituent un support marketing. Elles ne doivent pas être interprétées comme un conseil financier ou autre fondé sur la situation personnelle du destinataire ni comme le résultat d'une analyse indépendante et objective. Les informations fournies dans le présent document ne sont pas juridiquement contraignantes et ne constituent ni une offre ni une incitation visant à la conclusion de quelque transaction financière que ce soit. Les informations fournies dans le présent document ont été élaborées par Credit Suisse Group AG et/ou ses filiales (ci-après «CS») avec le plus grand soin et en toute bonne foi. Les informations et les opinions exprimées dans le présent document reflètent celles du Credit Suisse au moment de la rédaction et sont sujettes à modification à tout moment sans préavis. Elles proviennent de sources considérées comme fiables. Le CS ne fournit aucune garantie quant au contenu et à l'exhaustivité de ces informations et, dans la mesure où la loi le permet, il décline toute responsabilité pour les pertes qui pourraient résulter de l'utilisation de ces informations. Sauf mention contraire, les chiffres n'ont pas été vérifiés. Les informations fournies dans le présent document sont réservées au seul usage de son destinataire. Il est interdit d'envoyer, d'introduire ou de distribuer ces informations ou une copie de celles-ci aux États-Unis ou de les remettre à une personne US (au sens de la Regulation S de l'US Securities Act de 1933, dans sa version amendée). La reproduction intégrale ou partielle du présent document sans l'accord écrit du CS est interdite.

Copyright © 2021 Credit Suisse Group AG et/ou ses filiales. Tous droits réservés.



Credit Suisse Group AG
Paradeplatz 8
CH-8070 Zurich
[credit-suisse.com](https://www.credit-suisse.com)

2021, CREDIT SUISSE GROUP AG

075085F