

CEPS Forschung und Praxis – Volume 23

RAPPORT SUR LES FONDATIONS EN SUISSE



**Katharina Guggi
Julia Jakob**
SwissFoundations, association des
fondations donatrices suisses

Swiss**Foundations**

Prof. Dr Dominique Jakob
Centre pour le droit des fondations,
Université de Zurich



**Universität
Zürich** UZH

Zentrum für Stiftungsrecht

Prof. Dr Georg von Schnurbein
Centre d'études de la philanthropie
en Suisse (CEPS), Université de Bâle



RAPPORT SUR LES FONDATIONS EN SUISSE 2021

Le Rapport sur les fondations en Suisse est publié chaque année par Katharina Guggi, Communication & Stratégie numérique SwissFoundations, Julia Jakob, Droit & Politique SwissFoundations, Prof. Dominique Jakob, directeur du Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich, et Prof. Georg von Schnurbein, directeur du Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS) de l'Université de Bâle. Il présente les chiffres, faits et tendances actuelles en matière de fondations, en Suisse et à l'étranger, et contribue à renforcer les bases de connaissances dans ce domaine. Le rapport paraît en allemand et en français. Les deux versions peuvent être téléchargées gratuitement à l'adresse www.stiftungsreport.ch.

Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS)

Le Centre d'études de la philanthropie en Suisse est un institut de recherche et de formation continue créé à l'Université de Bâle en 2008 à l'initiative de SwissFoundations. Par le biais de ses activités interdisciplinaires, le CEPS souhaite améliorer les connaissances scientifiques et les bases théoriques dans le domaine de la philanthropie. Ses prestations de formation continue et de conseil profitent directement aux fondations et autres organisations sans but lucratif.

→ www.ceps.unibas.ch

SwissFoundations

Créée en 2001 en tant qu'initiative commune, SwissFoundations regroupe les fondations donatrices suisses d'utilité publique et leur donne une voix forte et indépendante. Réseau actif et voué à l'innovation, SwissFoundations promeut le partage d'expériences, la transparence et le professionnalisme dans le secteur suisse des fondations d'utilité publique. Chaque année, les membres et partenaires associés de SwissFoundations investissent plus d'un milliard de francs dans des projets et initiatives d'utilité publique. SwissFoundations représente ainsi plus du tiers du volume total des fonds accordés par les fondations d'utilité publique en Suisse.

→ www.swissfoundations.ch

Centre pour le droit des fondations

Le Centre pour le droit des fondations a été créé en 2008 par le Prof. Dr. Dominique Jakob sous la forme d'un centre de recherche rattaché à l'Université de Zurich. Centré sur l'enseignement et la recherche dans le domaine du droit des fondations, il sert de plateforme de communication sur la pratique des fondations et les questions scientifiques, économiques et politiques. Le centre étudie les différents types de fondations d'utilité publique et privée, y compris les formes juridiques étrangères et les évolutions internationales.

→ www.zentrum-Stiftungsrecht.uzh.ch

CEPS Forschung und Praxis – Volume 23
RAPPORT SUR LES FONDATIONS EN SUISSE
2021

Katharina Guggi

SwissFoundations, association des fondations donatrices suisses

Julia Jakob

SwissFoundations, association des fondations donatrices suisses

Prof. Dr Dominique Jakob

Centre pour le droit des fondations, Université de Zurich

Prof. Dr Georg von Schnurbein

Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS), Université de Bâle

Impressum: Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS), Université de Bâle
SwissFoundations, association des fondations donatrices suisses
Centre pour le droit des fondations, Université de Zurich

Mise en page : © Neeser & Müller, Bâle

ISBN : 978-3-9524819-9-8

© Katharina Guggi, SwissFoundations, association des fondations donatrices suisses ;

Julia Jakob, SwissFoundations, association des fondations donatrices suisses ;

Prof. Dr Dominique Jakob, Centre pour le droit des fondations, Université de Zurich ;

Prof. Dr Georg von Schnurbein, Centre d'étude de la philanthropie en Suisse (CEPS), Université de Bâle, 2021.

Tous droits réservés. Toute reproduction sans l'autorisation des auteurs est strictement interdite.

SOMMAIRE

| | |
|----|---|
| 4 | Avant-propos |
| 5 | <u>I. FAITS ET CHIFFRES</u> |
| 6 | Aperçu du secteur des fondations suisses |
| 10 | Digression sur les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille |
| 12 | Manifestations futures |
| 13 | <u>II. DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES</u> |
| 14 | Initiatives politiques en cours |
| 17 | Jurisprudence récente |
| 19 | Révision du droit suisse des fondations : les résultats de la consultation des cantons – une évaluation · <i>Contribution spéciale du Prof. Dr Dominique Jakob et Renata Trajkova</i> |
| 22 | Révision du droit suisse des fondations – Ce qui serait maintenant important · <i>Contribution d’auteur du Prof. Dr Dominique Jakob</i> |
| 25 | <u>III. DOSSIER SPÉCIAL : FINANCES</u> |
| 26 | Placements durables et Impact Investing · <i>Contribution d’auteur du Prof. Dr Georg von Schnurbein</i> |
| 28 | Un impact sans spéculation – Le modèle d’impact de la fondation Edith Maryon · <i>Contribution spéciale du Dr Ulrich Kriese</i> |
| 30 | L’investissement à impact – Une perspective vers le futur · <i>Contribution spéciale du Dr Maximilian Martin</i> |
| 32 | Pas d’excuses ! · <i>Contribution spéciale de Simon Sommer</i> |
| 33 | <u>IV. THÈMES ET TENDANCES</u> |
| 34 | Prendre en considération le contexte sociétal – Un nouveau principe dans le Swiss Foundation Code 2021 · <i>Contribution d’auteur du Prof. Dr Georg von Schnurbein</i> |
| 36 | La réponse des fondations suisses aux défis du COVID-19 – Trois initiatives abritées par Swiss Philanthropy Foundation · <i>Contribution spéciale de Sabrina Grassi</i> |
| 38 | « La numérisation est un enjeu majeur auquel nous nous confrontons » · <i>Entretien avec Dominique Favre, directeur, Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (As-So)</i> |
| 40 | Écosystèmes et fondations TRD · <i>Contribution spéciale du Dr Thomas Müller</i> |
| 43 | Notes de fin |
| 45 | <u>V. ÉTUDES ET NOUVELLES PARUTIONS 2020</u> |
| 46 | Études et nouvelles parutions |
| 48 | Bref portrait des éditeurs |

AVANT-PROPOS

Il ne fait nul doute que la Suisse est un pays de fondations – et cela ne date pas d’hier. L’introduction récente de l’obligation d’inscrire au registre du commerce les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille a révélé l’existence de fondations très anciennes. Certaines, qui servent aujourd’hui encore à financer des églises et des cures, remontent jusqu’au XIII^e siècle. La nouvelle réglementation a surtout été introduite pour permettre à l’État de mieux contrôler les organisations de droit privé. Or, ce qui fait défaut aux institutions étatiques, ce ne sont pas tant les possibilités de contrôle qu’une bonne compréhension de ce qu’est une fondation.

C’est du moins l’impression que l’on retire à la lecture des résultats de la consultation menée à la suite de l’initiative parlementaire « Renforcer l’attractivité de la Suisse pour les fondations », et en particulier des réponses des cantons. L’image que la majorité de ceux-ci se font des fondations est encore celle d’il y a 30 ou 40 ans, d’une fondation pérenne au patrimoine initial constitué après un décès. La stabilité du droit suisse des fondations est un atout, mais elle ne doit pas tourner à la sclérose. Pour comparaison, depuis la révision partielle du droit des fondations en 2006, le Swiss Foundation Code, dont la première mouture remonte à 2005, a déjà connu trois révisions. Les adaptations introduites cette année dans la quatrième édition sont mineures, mais elles reflètent l’état actuel des choses et promeuvent un cadre favorable à une action plus moderne.

De nos jours, les fondations composent un paysage varié marqué par leur très grande proximité avec les thèmes et les organisations dont elles favorisent l’essor. La pandémie a été révélatrice à cet égard. À peine une semaine après l’instauration du premier confinement, certaines fondations publiaient déjà des aide-mémoires pour rassurer leurs destinataires sur le fait que les ressources qui leur avaient été accordées leur restaient acquises, même si la prestation convenue ne pouvait être fournie ou devait être reportée du fait de la pandémie. Plusieurs fondations ont créé des fonds d’aide pour soutenir les organisations actives dans les domaines de la culture, de l’éducation ou du social.

Toutefois, ces derniers mois ont également montré que le soutien apporté par les institutions étatiques est d’un tout autre ordre de grandeur que celui de fondations d’utilité publique. Du côté des fondations, les fonds d’aide allaient, au mieux, jusqu’à quelques millions, tandis que l’État a été amené à débloquer des milliards. Les fondations peuvent faire un geste exemplaire, mais elles ne sauraient se substituer aux pouvoirs publics. Le législateur devra prendre en compte cet état de fait si d’aventure le droit des fondations devait être modernisé malgré tout. Car les fondations présentent un intérêt non pas uniquement sous l’angle de la fiscalité, mais bien à cause de la teneur de leur action, dont la valeur pour la société dans son ensemble excède de loin la déduction fiscale dont elles bénéficient.

Lorsque la pandémie sera derrière nous, c’est le soutien apporté par les fondations qui nous permettra de vivre de nouveau une multitude d’expériences dans les domaines de l’art, de la culture, des rencontres et des échanges, qui nous manquent tant à tous. Les fondations ont en effet cette capacité de réagir très rapidement à des besoins qui changent.

Nous vous souhaitons une bonne lecture!

Katharina Guggi
Julia Jakob
Prof. Dr Dominique Jakob
Prof. Dr Georg von Schnurbein

Avril 2021

I. FAITS ET CHIFFRES

Les conditions de la création d'une fondation en Suisse restent très attrayantes. Néanmoins, le secteur est de plus en plus affecté par une réglementation accrue et par les changements sur les marchés financiers. On assiste à la liquidation de nombreuses fondations et de plus en plus, les nouvelles fondations qui voient le jour sont des fondations non plus pérennes, mais destinées à accomplir leur but en l'espace de quelques années.

Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, tant l'OCDE que les milieux politiques à l'échelon national ont exigé l'introduction, pour toutes les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille, d'une obligation d'inscription au registre du commerce. Le délai pour l'inscription arrivait à échéance fin 2020. Une première évaluation de ces fondations réserve peu de surprises, les fondations ecclésiastiques étant essentiellement liées à l'Église catholique.

APERÇU DU SECTEUR DES FONDATIONS SUISSES

Les changements intervenus dans le secteur des fondations sont enregistrés chaque année depuis 2010. Comme le montre la figure 1, l'année 2010 marque la fin d'une décennie de croissance sans précédent dans l'histoire. Durant la décennie suivante, la croissance, tout en demeurant largement au-dessus de la moyenne si l'on considère le nombre de nouvelles fondations, marque une nette décélération.

En 2020, 284 nouvelles fondations d'utilité publique ont vu le jour, alors que le nombre de liquidations (210) s'est maintenu à peu près au même niveau que l'année précédente. La croissance nette tombe à son plus bas niveau depuis le début du recensement. Au total, fin 2020, 13 514 fondations étaient inscrites au registre du commerce, avec, il faut le noter, 139 fondations indiquées « en liquidation » – en d'autres termes, la décision de les liquider était déjà tombée, mais la procédure était encore en cours. C'est pour-

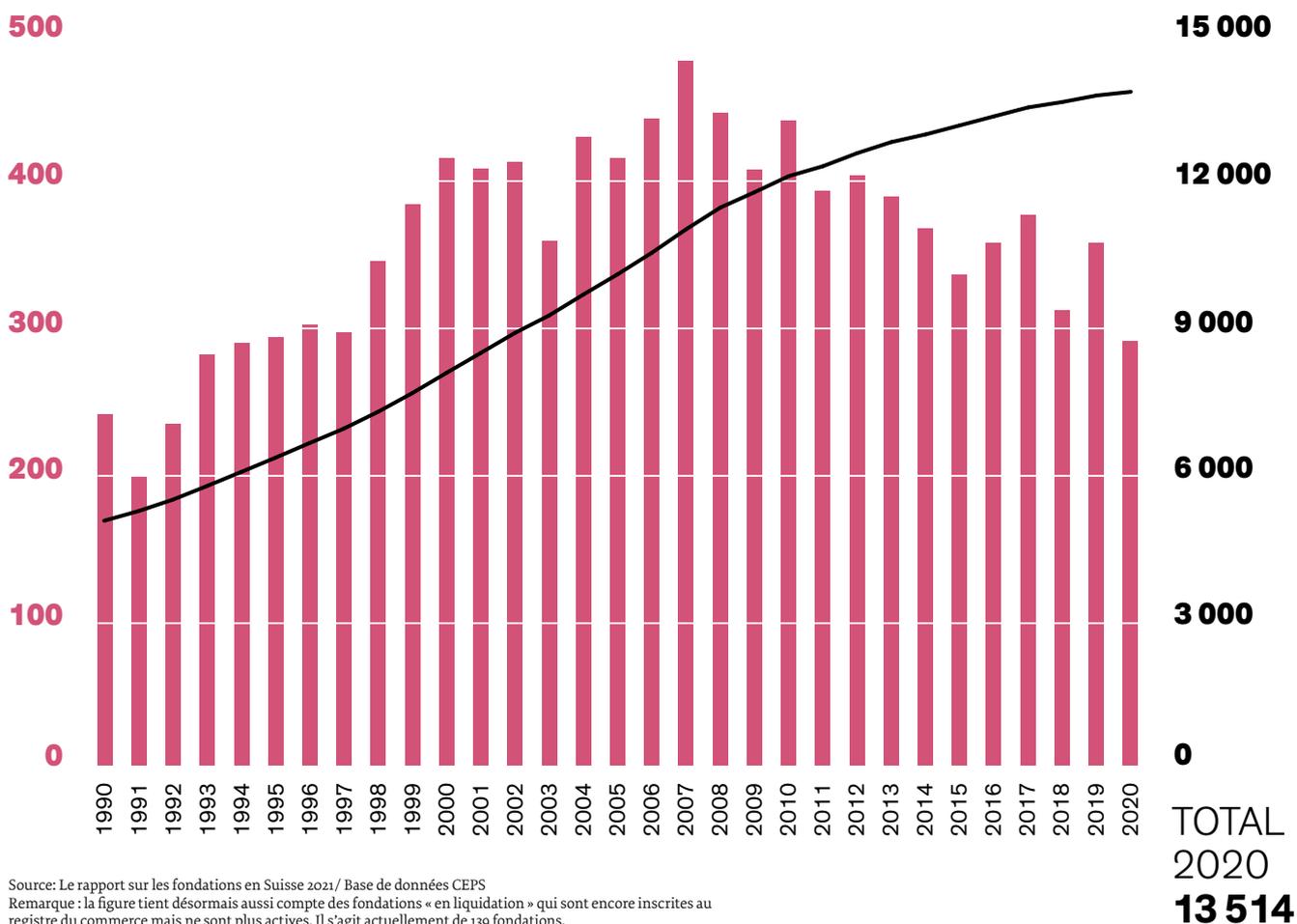
quoi ces fondations ne sont plus prises en compte dans les autres tableaux synoptiques. Nous nous fondons donc sur un total de 13 375 fondations d'utilité publique en activité.

Une croissance nette de 74 fondations seulement, voilà qui caractérise la dynamique particulière d'un secteur marqué par de nombreuses créations, mais également beaucoup de liquidations. Elle se traduit par la durée de vie limitée de nombre des 3 673 fondations créées depuis 2010 – ce qui représente tout de même 27,5% des fondations d'utilité

Fig.1
Evolution du secteur des fondations, compte tenu des créations et des liquidations, depuis 1990

NOMBRE DE CONSTITUTIONS

NOMBRE DE FONDATIONS



Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

Remarque : la figure tient désormais aussi compte des fondations « en liquidation » qui sont encore inscrites au registre du commerce mais ne sont plus actives. Il s'agit actuellement de 139 fondations.

publique en activité. Après 10 ans, un peu plus de la moitié (52,2%) ont déjà été liquidées (Fig. 2). Parmi les multiples raisons de cette faible longévité, figurent le faible niveau des taux d'intérêts qui prive les petites fondations de rentrées financières, mais aussi, chez les fondateurs, une autre façon de concevoir leur rôle. Plutôt que de constituer une fondation sans limite de temps, beaucoup aimeraient accomplir leur but de leur vivant et conçoivent d'entrée de jeu une fondation à capital consommable en l'espace de quelques années. En conséquence, les fondations sont plus souvent portées à poursuivre dans l'urgence des buts au plus près de l'actualité.

Répartition régionale

Comme les années précédentes, le canton de Genève arrive en tête avec 46 nouvelles fondations. Dans la comparaison nationale, il est même responsable d'un tiers de la croissance nette (25 fondations). Les cantons abritant le plus grand nombre de fondations sont Zurich (2 211 fondations), Berne (1 378), Vaud (1 375), Genève (1 275) et Bâle (888). Le canton de Bâle-Ville vient de nouveau en tête en termes de densité, avec 45,3 fondations pour 100 000 habitants, suivi par Glaris (29,1), Zoug (28,8) et Genève (25,3). La densité moyenne reste inchangée avec 15,6 fondations pour 10 000 habitants. De plus en plus de cantons commencent à s'intéresser à l'évolution de la philanthropie et

Fig. 2

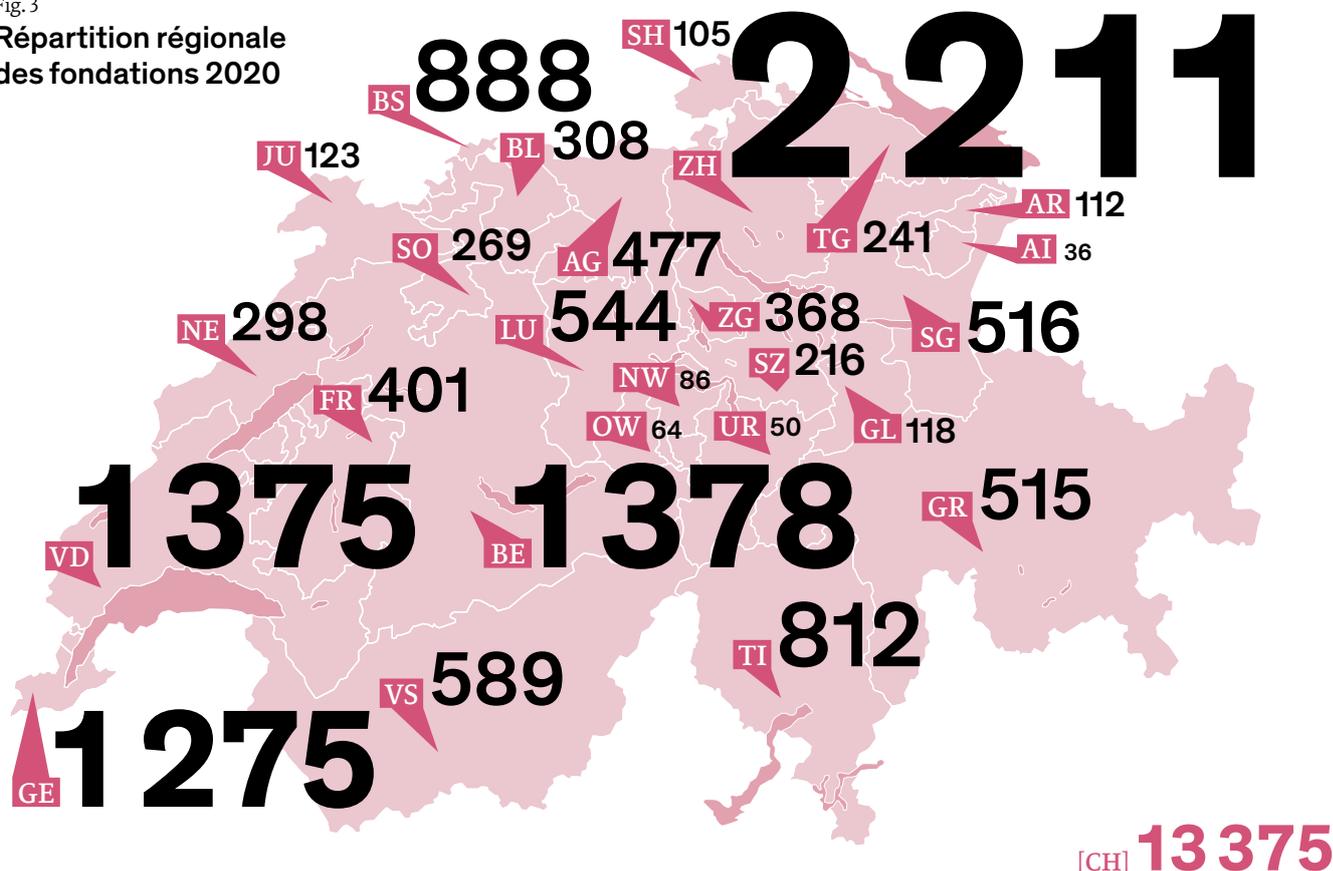
Evolution du secteur des fondations en 2020

| Canton | Nombre total fin 2020 | Constitutions | Liquidations | Croissance nette | Croissance ajustée |
|--------|-----------------------|---------------|--------------|------------------|--------------------|
| AG | 477 | 11 | 8 | 0,6% | 3 |
| AI | 36 | 2 | 0 | 5,6% | 2 |
| AR | 112 | 3 | 1 | 1,8% | 2 |
| BE | 1378 | 23 | 20 | 0,2% | 3 |
| BL | 308 | 4 | 9 | -1,6% | -5 |
| BS | 888 | 18 | 16 | 0,2% | 2 |
| FR | 401 | 4 | 1 | 0,7% | 3 |
| GE | 1275 | 46 | 21 | 2,0% | 25 |
| GL | 118 | 0 | 0 | 0,0% | 0 |
| GR | 515 | 12 | 6 | 1,2% | 6 |
| JU | 123 | 1 | 4 | -2,4% | -3 |
| LU | 544 | 15 | 6 | 1,7% | 9 |
| NE | 298 | 5 | 4 | 0,3% | 1 |
| NW | 86 | 2 | 0 | 2,3% | 2 |
| OW | 64 | 1 | 1 | 0,0% | 0 |
| SG | 516 | 13 | 12 | 0,2% | 1 |
| SH | 105 | 2 | 0 | 1,9% | 2 |
| SO | 269 | 5 | 2 | 1,1% | 3 |
| SZ | 216 | 6 | 0 | 2,8% | 6 |
| TG | 241 | 2 | 4 | -0,8% | -2 |
| TI | 812 | 11 | 14 | -0,4% | -3 |
| UR | 50 | 1 | 2 | -2,0% | -1 |
| VD | 1375 | 25 | 23 | 0,1% | 2 |
| VS | 589 | 9 | 10 | -0,2% | -1 |
| ZG | 368 | 24 | 9 | 4,1% | 15 |
| ZH | 2211 | 39 | 37 | 0,1% | -11 |
| CH | 13375 | 284 | 210 | 0,6% | 74 |

Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

Fig. 3

Répartition régionale des fondations 2020



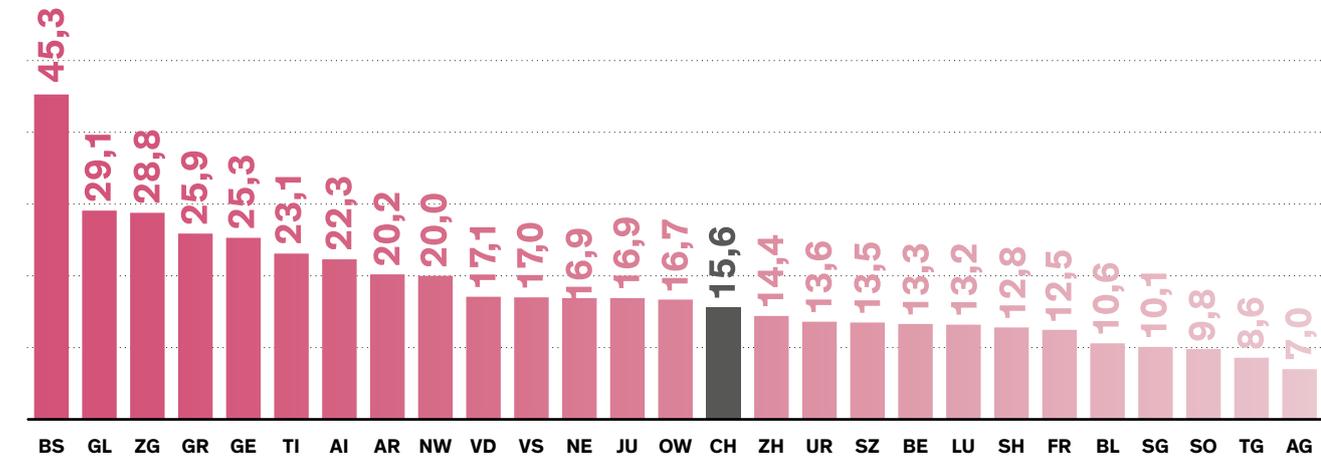
Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

des fondations sur leur territoire, comme cela s'observe en Argovie, à Bâle, Berne, Genève et Zurich. On notera également la création du « Cenpro – Centro Competenze Non-Profit » au Tessin : lui-même constitué sous forme de fon-

dation, ce centre entend promouvoir les connaissances en matière de philanthropie ainsi que la collaboration au sein de la société civile au Tessin.

Fig. 4

Densité de fondations* selon le canton 2020

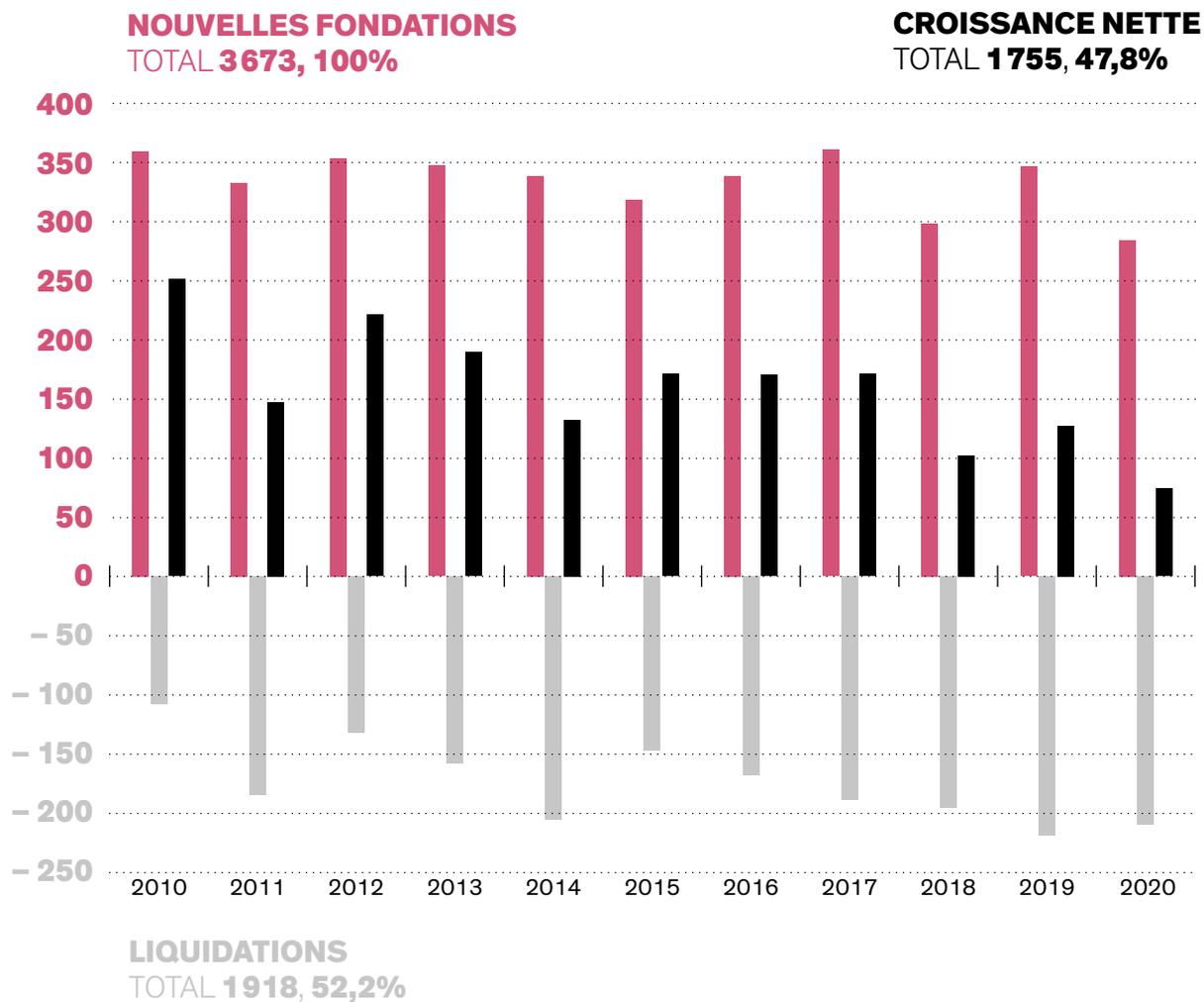


*Nombre de fondations pour 10 000 habitants

Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

Fig. 5

Croissance nette 2010 – 2020



Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

Membres des conseils de fondations

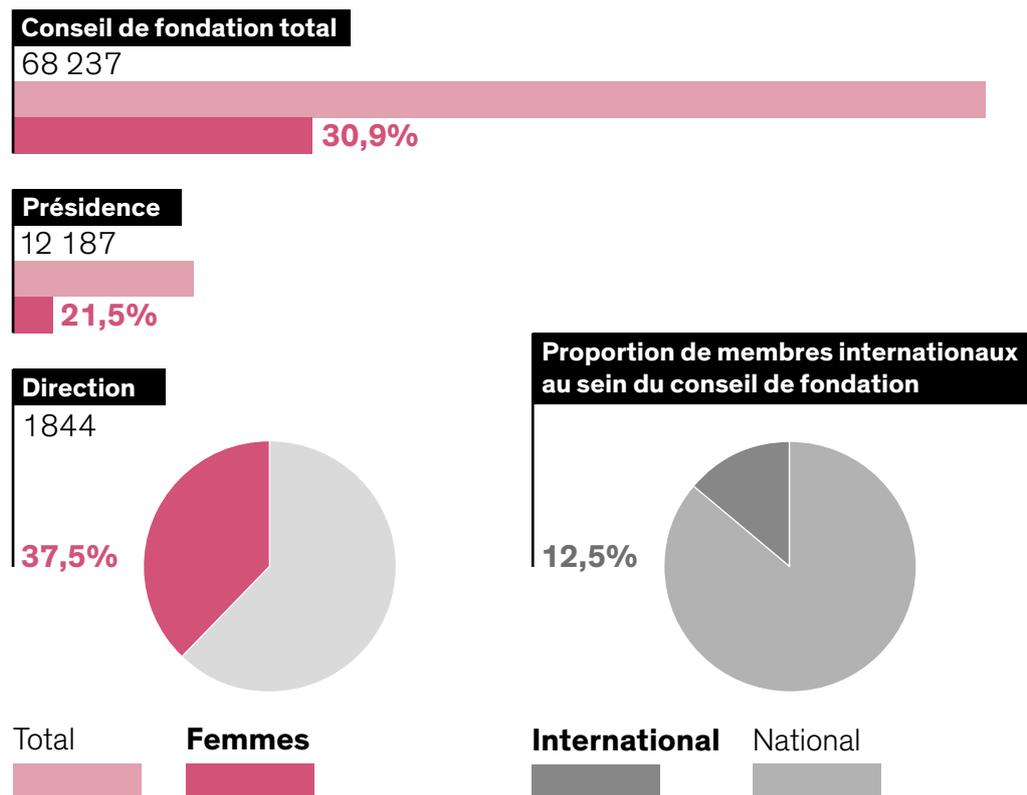
Étant donné la faiblesse de la croissance nette, le nombre de membres des conseils de fondation n'a pratiquement pas changé l'an dernier. 70 007 mandats au total se répartissent sur 62 796 personnes, avec en moyenne 5,2 mandats par fondation.

Avec 30,9 %, la représentation des femmes dans les conseils de fondation est à peine supérieure au seuil de 30% fixé par le Conseil fédéral pour les conseils d'administration des sociétés commerciales. Alors que le parlement issu des dernières élections s'est beaucoup féminisé, et que les sociétés cotées en bourse devront atteindre ce seuil dans les années qui viennent, un changement n'interviendra dans le secteur des fondations que si les fondations y veillent à l'occasion du renouvellement des mandats. La part de membres étrangers varie fortement d'un canton à l'autre. Alors qu'elle est de près d'un tiers dans les cantons de Genève et de Zoug, la moyenne suisse s'établit à 12,4%.

Les nouvelles formations proposées par l'Université de Berne ou par la Swiss Board Academy permettent aux candidats à un poste de membre de conseil de fondation de se préparer à leur future tâche. Une formation d'une demi-journée exclusivement réservée aux membres de conseils de fondation bénévoles aura lieu l'an prochain à Bâle-Ville, avec le soutien du canton.

Fig. 6

Tableau synoptique des membres de conseils de fondation



Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021 / Base de données CEPS

DIGRESSION SUR LES FONDATIONS ECCLÉSIASTIQUES ET LES FONDATIONS DE FAMILLE

La Suisse compte au total 443 fondations ecclésiastiques, qui se concentrent pour la plupart dans les cantons catholiques de Suisse alémanique, et plus particulièrement dans l'évêché de Coire. De toute évidence, les notions de fondation ecclésiastique et de mense capitulaire sont étroitement liées au droit canonique de l'Église catholique. Plus de la moitié des fondations ecclésiastiques se concentrent dans les cantons de Zurich (112), de Schwyz (88) et des Grisons (49). Dans le canton de Schwyz, certaines paroisses comptent jusqu'à trois fondations, une pour l'église paroissiale, une pour une chapelle, et une pour la mense capitulaire. Alors que les deux premières ont pour but l'entretien des édifices religieux, la dernière sert à rémunérer les ministres du culte. Autrefois, faute de telles fondations, nombre de paroisses restaient sans curé. C'est ainsi que certaines des fondations nouvellement inscrites au registre du commerce sont en fait très anciennes. Les fondations d'église et la mense capitulaire de la paroisse de Galgenen (SZ) remontent à 1275, la fondation de l'église paroissiale de Morschach (SZ) à 1302 et celle de Freienbach (SZ) à 1308. De nos jours, le curé est cependant rémunéré par l'évêché, car la plupart des menses capitulaires ne disposent plus d'un patrimoine suffisant pour financer un salaire annuel.

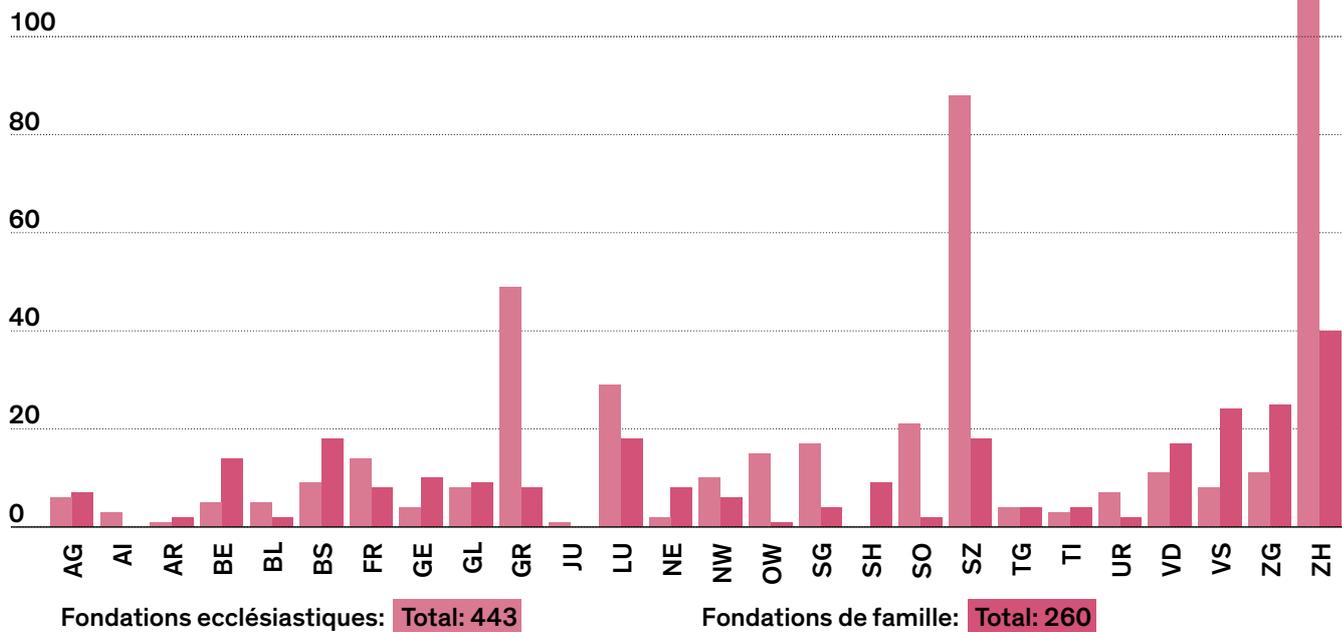
Les 260 fondations de famille enregistrées sont beaucoup moins concentrées géographiquement ; on les trouve dans tous les cantons. Certaines remontent jusqu'au XVIII^e siècle, lorsque les « caisses de famille » des familles patriciennes servaient à assister les membres de la famille tombés dans la pauvreté. Avant l'État social moderne, c'était, pour ces derniers, le seul moyen d'échapper à l'hospice. De nos jours, les fondations de famille contribuent au financement de l'éducation et de la formation ultérieure des jeunes membres de la famille et servent souvent aussi à entretenir les liens entre les différentes lignées d'une famille, en finançant des fêtes de famille, la recherche généalogique ou l'entretien de propriétés familiales d'importance historique.

Par suite des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), le Parlement suisse a adopté en 2014 l'obligation d'inscription au registre du commerce de toutes les fondations ecclésiastiques et fondations de famille d'ici fin 2020. Une motion de la conseillère nationale Fiala de 2016, qui allait encore plus loin, a été rejetée. Depuis l'entrée en vigueur de l'obligation d'inscription, on a maintenant pour la première fois une vue d'ensemble de ces deux types de fondation spéciale. Bien qu'elles ne soient pas considérées comme étant d'utilité publique, toutes deux ont, par leurs activités, un impact sur la société, par exemple par l'entretien d'édifices religieux ou de caveaux de famille historiques.

Les fondations ecclésiastiques servent des buts en rapport avec les cultes religieux, et, à ce titre, sont soumises à l'autorité d'une Église. L'État n'a aucune autorité sur elles. Les fondations ecclésiastiques étaient généralement constituées pour financer un édifice religieux, ou un poste de curé ou de sacristain. Les fondations de famille s'adressent à un cercle restreint de destinataires, habituellement les descendants du fondateur. En droit suisse, le soutien exercé par les fondations de famille doit se limiter au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance dans des situations de détresse. Les fondations de famille ne bénéficient pas de privilèges fiscaux et ne sont pas soumises à la surveillance étatique. De façon générale, les fondations de famille selon le droit suisse ont la réputation d'être peu attrayantes, au regard des conditions dont bénéficient des formes juridiques similaires au Liechtenstein, en Autriche et en Allemagne, ou les trusts de type anglo-américain.

Fig. 7

Vue synoptique des fondations ecclésiastiques et des fondations de famille



Source: Le rapport sur les fondations en Suisse 2021/ Base de données CEPS

Manifestations futures

SAVE THE DATE

En raison de la pandémie de COVID-19, des changements à brève échéance sont possibles dans la tenue des manifestations.

ERNOP SCIENCE AND SOCIETY SEMINAR SERIES 2021

23 mars – 14 décembre 2021

European Philanthropy Research for Philanthropy Professionals

Organisateur: European Research Network on Philanthropy (ERNOP)

→ <https://ernop.eu/ernop-science-and-society-seminar-series-2021/>

20^E SYMPOSIUM DES FONDATIONS SUISSES ET ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE SWISSFOUNDATIONS

1^{er} – 2 juin 2021

Tous Ensemble

Organisateur : SwissFoundations

→ www.symposium-des-fondations.ch

DIGITALER DEUTSCHER STIFTUNGSTAG

7 – 11 juin 2021

Organisateur : Bundesverband Deutscher Stiftungen

→ www.stiftungen.org

10. BASLER STIFTUNGSTAG

24 août 2021, Stadtcasino Basel

Organisateur : Stiftungsstadt Basel

→ www.stiftungsstadt-basel.ch

JOURNÉE EUROPÉENNE DES FONDATIONS

1^{er} octobre 2021

Diverses initiatives à l'échelle européenne autour de la Journée d'action

→ www.swissfoundations.ch

FORUM DES FONDATIONS

Automne 2021

Organisateur : SwissFoundations

→ www.forum-des-fondations.ch

en collaboration avec :

AGFA (Association de Genève des Fondations

Académiques) → www.agfa-ge.ch

ACAD (Académie des Administrateurs) →

www.acad.ch

Geneva Center for Philanthropy

→ www.unige.ch/philanthropie

IMD → www.imd.org

proFonds → www.profonds.org

EFC ANNUAL CONFERENCE

18 – 20 octobre 2021, Vienne

Foundations and the new normal – How to innovate philanthropy?

Organisateur : European Foundation Center

→ www.efc.be

7. BASLER STIFTUNGSRECHTSTAG

22 octobre 2021

Konvergenz von Profit- und Nonprofit-Sektor?

Organisateur : Center for Philanthropy Studies

→ www.ceps.unibas.ch

SCHWEIZER STIFTUNGSTAG

3 novembre 2021

Organisateur: proFonds

→ www.profonds.org

GOOD FOUNDATION GOVERNANCE

4 – 6 novembre 2021, Hotel Odelya, Bâle

Organisateur: Foundation Board Academy

→ www.foundationboardacademy.ch

PHILANTHROPIE AM MORGEN

11 novembre 2021, Bâle

16 novembre 2021, Zurich

Advocacy-Arbeit von Stiftungen und Operativen – ist das erlaubt?

Organisateur: Center for Philanthropy Studies

→ www.ceps.unibas.ch

6. ZÜRCHER STIFTUNGSRECHTSTAG

3 février 2022

Organisateur: Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich

→ www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch

II. DÉVELOPPEMENTS JURIDIQUES

La révision du droit des fondations, la révision du droit des sociétés anonymes, les modifications intervenues dans le droit successoral, etc.: pour le secteur des fondations, l'année 2020 n'a pas seulement été marquée par la pandémie du COVID-19, mais également par de nombreux projets législatifs.

Dans la jurisprudence, il a aussi été question des fondations. Le Tribunal fédéral a été saisi de la décision du Tribunal de commerce de Zurich dans le scandale des émissions de CO₂ du groupe VW, déjà évoquée dans le Rapport 2020. Il s'est en outre prononcé sur deux affaires de garantie de l'État où les autorités de surveillance des fondations étaient attaquées. Enfin, on retiendra les deux décisions les plus récentes touchant le droit fiscal applicable aux fondations.

Les lignes qui suivent évoquent les principaux développements du secteur des fondations. Pour les détails concernant l'actualité en matière de législation, de jurisprudence et de doctrine, on se reportera à la publication annuelle Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2020, njus.ch, par Jakob / Eichenberger / Kalt / Savanovic / Studhalter / Trajkova¹.

INITIATIVES POLITIQUES EN COURS

Initiative parlementaire « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations »

Le Rapport 2020 présentait en détail l'avant-projet de loi fédérale de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) du 28 novembre 2019, qui met en œuvre l'initiative parlementaire « Renforcement de l'attractivité de la Suisse pour les fondations » du conseiller aux États Werner Luginbühl (14.470) avec ses huit mesures². Les milieux intéressés ont eu jusqu'au 13 mars 2020 pour s'exprimer sur l'avant-projet ; 67 prises de position ont été émises³. Lors de sa séance du 3 septembre 2020, la CAJ-E a « pris acte du fait que la plupart des propositions contenues dans le projet ont été très controversées »⁴. Elle a par conséquent décidé de faire des coupes sévères dans le projet pour ne plus conserver que les mesures 3 et 4⁵. Lors de sa séance du 22 février 2021, la commission a accepté le projet ainsi réduit par 12 voix contre 0 et 1 abstention⁶ et approuvé le projet correspondant portant modification du Code civil⁷.

Dans leur article page 19, nos contributeurs invités Dominique Jakob et Renata Trajkova se livrent à une analyse approfondie des prises de position cantonales pour apprécier si cette décision était justifiée du point de vue des cantons. Dans une deuxième contribution à la page 22, Dominique Jakob procède à une appréciation critique de l'ensemble de la révision.

Réglementation en rapport avec la pandémie du COVID-19.

Plusieurs ordonnances promulguées par le Conseil fédéral en rapport avec la pandémie présentent des implications pour les fondations. Une majorité d'entre elles ne sont plus en vigueur (p.ex. les ordonnances COVID-19 sport⁸, insolvabilité⁹).

L'ordonnance 3 COVID-19 (RS 818.101.24) promulguée le 19 juin 2020, dont l'art. 27 régleme les conditions applicables aux assemblées de sociétés, est, elle, toujours en vigueur. Dans les documents publiés par le DFJP, on relève que la disposition antérieure ne devait pas s'appliquer aux fondations¹⁰. Or, elle a été reprise telle quelle dans la nouvelle ordonnance¹¹. On peut donc partir du principe que la version actuelle ne s'applique pas davantage aux fondations. De ce fait, les fondations doivent régler les questions, essentiellement d'organisation, qui se posent à elles en se fondant sur les bases juridiques générales. À ce titre, les réunions virtuelles des conseils de fondation sont autorisées, à condition que l'acte de fondation ne l'exclue pas expressément, que le président puisse identifier les participants à la réunion et la personne chargée du procès-verbal, et que

cette dernière consigne de manière précise les délibérations et les décisions prises par le conseil de fondation.¹² L'autorité de surveillance fédérale des fondations recommande aux conseils de fondation de tenir leurs réunions par téléphone, vidéoconférence ou par voie de circulation, même si cela n'est pas prévu dans les statuts¹³.

On peut enfin concevoir des situations où les fondations sont soumises à l'ordonnance COVID-19 dans le secteur de la culture (RS 442.15), qui a pour but d'atténuer les conséquences économiques de la lutte contre l'épidémie de coronavirus pour les entreprises culturelles, les acteurs culturels et les associations culturelles d'amateurs par l'octroi d'aides financières.

Révision de la surveillance des fondations dans le canton de Zurich

Au niveau cantonal, on signalera notamment les travaux en cours dans le canton de Zurich visant à réviser la surveillance des fondations (Modification de la loi sur l'autorité de surveillance LPP et des fondations [BVSG] et la loi d'application du Code civil suisse [EG ZGB] du 26 août 2020)¹⁴.

Zurich prévoit d'abandonner le modèle de surveillance à trois échelons, en vertu duquel les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but (cf. art. 84 al. 1 CC). Selon le nouveau régime, l'autorité cantonale de surveillance LPP et des fondations du canton de Zurich (BVS) verra sa compétence étendue aux fondations relevant d'une commune (§ 2 al. 3 phrase 1 E-BVSG). Les exécutifs municipaux ont toutefois la possibilité, par une décision prise à cet effet, de maintenir leur compétence de surveillance (§ 2 al. 3 phrase 2 et 3 E-BVSG)¹⁵.

Une autre partie de la révision porte sur les voies de droit. Jusqu'ici, le recours contre des mesures ordonnées par la BVS devait être porté d'abord devant le Conseil d'administration de celle-ci (§ 22 al. 2 BVSG), et en seconde instance, devant le tribunal administratif cantonal (§ 22 al. 3 BVSG). Désormais, le tribunal administratif cantonal sera directement compétent pour les recours contre des mesures ordonnées par la BVS (§ 22 al. 2 E-BVSG). Si en revanche la surveillance est exercée par une commune, la compétence revient en première instance à la BVS et en seconde instance au tribunal administratif (cf. § 22 al. 4 E-BVSG)¹⁶. Le projet comporte également quelques modifications mineures (§§ 8, 12, 20 E-BVSG).

Le 11 décembre 2020, la Commission Organisation territoriale et communes du Grand Conseil du canton de

Zurich avait invité à des prises de position orales ; on attend maintenant la suite de la procédure.

Révision du droit des sociétés anonymes

Dix ans après le début des travaux, le Parlement a adopté le 19 juin 2020 la révision du droit suisse de la société anonyme.

Les modifications suivantes s'appliqueront donc désormais aux fondations : l'obligation, pour le conseil de fondation, d'aviser l'autorité de surveillance en présence de craintes d'insolvabilité ou de surendettement (art. 84a al. 1 nCC ; y compris l'établissement d'un bilan intermédiaire en cas de surendettement au sens de l'art. 84 al. 4 nCC) ; l'obligation de communiquer les indemnités versées au conseil de fondation (art. 84b nCC) ; et la possibilité donnée, dans certaines conditions, aux destinataires ainsi qu'aux membres du conseil de fondation, d'attaquer en justice la décision de fusionner des fondations de famille ou des fondations ecclésiastiques (art. 84 nFusG)¹⁷.

Le délai référendaire a expiré le 8 octobre 2020 sans avoir été utilisé. Cette importante révision ne devrait pas entrer en vigueur avant 2022¹⁸.

Modernisation du droit successoral

La première partie de la révision du droit successoral a également été adoptée. Lors de sa session d'hiver, le Parlement, après discussion, s'est entendu sur un texte à soumettre au vote final : la réserve est désormais de la moitié du droit de succession pour tous les réservataires (art. 471 nCC), la part réservataire des descendants passant de $\frac{3}{4}$ à $\frac{1}{2}$. Les parents perdent l'intégralité de leur réserve (cf. art. 470 al. 1 nCC)¹⁹. On notera également l'art. 216 al. 2 nCC, en vertu duquel la participation au bénéfice attribuée en sus de la moitié n'est pas prise en compte pour le calcul des réserves héréditaires du conjoint ou du partenaire enregistré survivant ainsi que des enfants communs et de leurs descendants²⁰.

La nouvelle réglementation revient à augmenter la part dont le testataire peut disposer librement, ce qui tend à autoriser une plus grande générosité à l'endroit des fondations. Le délai référendaire court jusqu'au 10 avril 2021. Les modifications doivent entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

Loi sur la protection des données.

Révision totale (LPD)

Après de longues tergiversations, le Parlement a fini par adopter en vote final le projet de révision totale de la loi sur la protection des données (LPD) le 25 septembre 2020²¹.

La révision comporte notamment une modification du champ d'application de la LPD, à telle enseigne que seules les données personnelles de personnes physiques doivent être protégées (art. 2 al. 1 nLPD). La protection ne s'étend donc plus aux données des fondations, celles-ci étant des personnes morales. À l'inverse, les fondations, dans la mesure où elles traitent des données, sont tenues de s'acquitter d'un certain nombre d'obligations (art. 19 ss nLPD). L'exécution est garantie par les dispositions pénales des art. 60 ss nLPD²².

Le délai référendaire a expiré le 14 janvier 2021 sans avoir été utilisé. La date de l'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée.

Révision de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) en vue d'une harmonisation partielle avec le Règlement européen sur les successions internationales

Sur le terrain de la planification internationale des successions également, on peut s'attendre à voir les choses bouger. Après l'échec de la motion du conseiller aux États Luc Recordon « Convention internationale sur les successions » (14.4285)²³, un avant-projet de modification du droit des successions internationales a été présenté le 14 février. Il vise principalement une harmonisation partielle du droit suisse en matière de successions internationales avec le règlement européen afin d'éviter des décisions contradictoires. Les modifications portent en premier lieu sur les règles en matière de compétence et de reconnaissance²⁴. L'avant-projet a reçu dans l'ensemble un accueil favorable en procédure de consultation²⁵. Le Conseil fédéral a alors approuvé le 13 mars 2020 un projet correspondant assorti d'un message²⁶ ; le débat parlementaire n'a pas encore eu lieu.

Arbitrage international

Les modifications du droit suisse de l'arbitrage international adoptées par le Parlement le 19 juin 2020 sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le droit applicable est donc l'art. 178 al. 4 LDIP, qui autorise désormais les clauses d'arbitrage également dans des actes juridiques unilatéraux tels que l'acte de fondation. Afin de maintenir le parallélisme entre la LDIP et le CPC, un alinéa 2 identique a été introduit dans l'article 358 du CPC.

Modification de la loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent (LBA)

Lors de sa séance du 26 juin 2019, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la modification de la loi sur

le blanchiment d'argent (LBA)²⁷. Le projet prévoit notamment une extension du champ d'application de la LBA à toute personne fournissant à titre professionnel des prestations en lien avec la création, la gestion ou l'administration de sociétés de domicile ou de trusts (art. 2 al. 1 let. c P-LBA). La notion de « sociétés de domicile » englobe également les fondations²⁸. Le 2 mars 2020, le Conseil national a refusé de voter l'entrée en matière, en raison notamment de l'extension excessive du devoir de diligence au titre de la LBA qui en résulterait pour les avocats, notaires et conseillers²⁹. L'objet a été renvoyé pour réélaboration à la commission compétente du Conseil national³⁰. Lors de la session de printemps 2021, le Parlement s'est finalement prononcé contre de nombreux durcissements de la LBA. Il a notamment rejeté définitivement les dispositions relatives au devoir de diligence des avocats, notaires et conseillers³¹. La situation pour les fondations reste pour l'instant inchangée.

Échange automatique de renseignements (EAR)

Les modifications apportées à l'ordonnance sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (OEAR) et à la loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021³². Dans la mesure où les fondations donatrices continuent d'être réputées institutions financières non déclarantes et où l'ouverture de nouveaux comptes par des fondations fait partie des exceptions ménagées par l'art. 11 al. 8 let. b LEAR en lien avec l'art. 27 al. 2 let. c OEAR, cette révision reste en définitive sans conséquences pour le droit des fondations. Il convient toutefois de rester attentif aux développements concernant les Common Reporting Standards (CRS) et au sort qui y est fait aux fondations d'utilité publique.

Entrée en vigueur de la loi fédérale relative à la réforme fiscale et au financement de l'AVS (RFFA)

La loi fédérale relative à la réforme fiscale et au financement de l'AVS³³ et ses trois ordonnances d'exécution sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020. L'exécution de certaines dispositions de la RFFA incombe aux cantons³⁴. Selon les circonstances, certaines d'entre elles peuvent affecter les fondations, qu'il s'agisse des incitations fiscales destinées à favoriser les investissements dans la recherche et le développement, ou de la suppression des privilèges fiscaux pour les entreprises essentiellement actives à l'étranger. Une présentation d'ensemble ne permet pas d'entrer dans le détail des différentes réglementations cantonales ; cet aspect n'est donc évoqué ici qu'en passant.

La motion Noser

La motion 20.41621 « L'exonération fiscale pour utilité publique des personnes morales qui poursuivent des objectifs politiques est-elle justifiée ? », déposée le 24 septembre 2020 par le conseiller aux États Ruedi Noser, charge le Conseil fédéral de s'assurer du respect des conditions d'exo-

nération de l'impôt fédéral direct pour les personnes morales engagées politiquement. Un grand nombre d'organisations non gouvernementales (ONG) s'engagent en effet pour soutenir des projets politiques, récoltent et utilisent des dons à cet effet. Le Conseil fédéral ne voit pas la nécessité de légiférer et a par conséquent proposé de rejeter la motion le 18 novembre 2020. L'objet a été renvoyé à la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) pour examen préalable le 10 décembre 2020³⁵. On attend maintenant la suite de la procédure. Une motion similaire a été déposée dans le canton de Saint-Gall le 17 décembre 2020 : le Conseil d'État est chargé d'examiner où établir la limite entre activité d'utilité publique et activité politique dans le cas de personnes morales bénéficiant d'une exonération fiscale³⁶.

Définition de la pratique concernant la loi sur la TVA (LTVA)

L'Administration fédérale des contributions (AFC) a défini la pratique applicable au 1^{er} janvier 2021 en matière de coopération internationale au développement et à l'aide humanitaire. Celle-ci porte à conséquence pour les fondations donatrices d'utilité publique. Selon l'art. 8 al. 2 let. g LTVA, pour les prestations de services dans le domaine de la coopération internationale au développement, le lieu des prestations de service se détermine, exceptionnellement, en application non pas du principe du lieu du destinataire, mais du principe du pays de destination ; or le lieu pour des prestations de ce type se situe habituellement à l'étranger. Désormais, cette exception s'appliquera également à des prestations fournies à des organisations d'utilité publique, pour autant que l'institution conférant le mandat remplisse les conditions de reconnaissance d'un statut d'utilité publique, que la prestation concerne un projet concret et se rapporte à une région prédéfinie, que le projet corresponde à la définition de la coopération au développement et de l'aide humanitaire et qu'elle ne promeuve ni ne soutienne, directement ou indirectement, le domaine entrepreneurial du fondateur ou d'un bailleur de fonds récurrent (les prestations visant à faire connaître le fondateur ou le bailleur de fonds étant réputées inoffensives)³⁷.

Les entreprises qui ont leur siège à l'étranger et qui fournissent leurs prestations de service à des organisations d'utilité publique sur le territoire suisse ne sont pas assujetties à l'impôt sur les acquisitions en Suisse ; les prestataires de services nationaux peuvent facturer leurs services en franchise de TVA. Dans la plupart des cas, la pratique définie aura des effets favorables pour les fondations donatrices. Elle s'applique de manière rétroactive, à partir de sa date de publication, le 27 juillet 2020 ; les périodes fiscales non encore écoulées à cette date peuvent être corrigées³⁸.

JURISPRUDENCE RÉCENTE

Scandale des émissions de CO₂ du groupe VW : le Tribunal fédéral confirme l'arrêt du Tribunal de commerce de Zurich

Comme le Rapport 2020 le relatait de façon détaillée, le Tribunal de commerce de Zurich avait, dans son arrêt de décembre 2019, contesté la capacité de la Fondation pour la protection des consommateurs d'agir en dommages-intérêts pour le compte des quelque 6 000 lésés qui lui avaient cédé leurs prétentions³⁹. Le Tribunal de commerce avait estimé qu'afin de protéger la fondation contre ses propres organes, il convenait d'appliquer une interprétation restrictive du but de la fondation. En l'espèce, l'action intentée en justice n'était pas couverte par le but de la fondation, si bien que celle-ci n'était pas habilitée à agir, ni, de ce fait, à introduire une action collective⁴⁰.

L'arrêt avait par la suite été vivement critiqué, car l'interprétation avancée ne correspondait ni à la doctrine, ni à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral. Elle paraissait au contraire guidée par le résultat recherché, à savoir empêcher une action collective⁴¹. Pour autant, cette critique n'a pas été entendue : dans son arrêt 4A_43/2020 du 16 juillet 2020, le Tribunal fédéral confirme l'arrêt du Tribunal de commerce. Le TF maintient sa jurisprudence antérieure ; mais il considère que l'interprétation de la juridiction inférieure ne constitue pas une violation du droit fédéral⁴². Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la question de savoir si l'arrêt constitue un changement de pratique ou un cas isolé. Du point de vue des fondations, il est certainement souhaitable qu'il s'agisse d'un cas isolé, et le fait que l'arrêt n'a pas été publié dans le recueil des arrêts principaux (ATF) le donne à penser.

Cas de responsabilité de l'État I : Pas de condamnation à des dommages-intérêts pour l'autorité de surveillance

Dans la cause 2C_46/2020 du 2 juillet 2020, le Tribunal fédéral a examiné si une fondation (de prévoyance du personnel) peut exiger des dommages-intérêts au titre de la responsabilité de l'État pour un dommage occasionné en premier lieu par des membres de son propre conseil de fondation. Les membres du conseil de fondation en question, ainsi que plusieurs autres personnes, avaient détourné quelque 30 millions de francs de la fondation collective « First Swiss Pension Fund »⁴³.

Le Tribunal fédéral a d'abord établi que la responsabilité causale de l'autorité de surveillance du fait d'un éventuel comportement fautif supplémentaire ne saurait être écartée au seul motif que la fondation a occasionné le dommage par l'intermédiaire de ses propres organes. Dans

le cas contraire, les autorités de surveillance n'auraient jamais à craindre de conséquence dommageable même en cas de manquement gravissime de leur part ou d'accomplissement déficient de leurs tâches⁴⁴.

Ensuite, le Tribunal a examiné si l'autorité de surveillance a violé ses obligations en omettant d'intervenir à temps. L'art. 62 al. 1 LPP, qui traite du devoir de surveillance des autorités de surveillance, a pour but de protéger le patrimoine de la fondation soumise à la surveillance et fonde l'obligation d'agir qui incombe aux autorités de surveillance⁴⁵. Dans ce cas précis, l'autorité de surveillance n'a toutefois pas manqué à ses obligations, car le système de contrôle conçu pour la LPP est à structure pyramidale, et l'autorité de surveillance, qui en occupe le sommet, devait pour l'essentiel s'en remettre aux échelons inférieurs pour lui signaler des irrégularités⁴⁶. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la décision du Tribunal administratif fédéral et a rejeté le recours. Bien que cet arrêt porte spécifiquement sur une fondation LPP, certains des principes énoncés (p.ex. concernant la causalité et la faute propre) pourraient également intéresser les fondations classiques.

Cas de responsabilité de l'État II : Faute de la fondation et de l'autorité de surveillance

Dans un autre cas de responsabilité de l'État, la cause 2C_521/2017, 2C_534/2017 du 10 novembre 2020, la question était de savoir si l'autorité de surveillance avait enfreint son devoir en approuvant un accord au titre duquel une partie du patrimoine de la fondation a été aliéné sans droit. En ce qui concerne l'illicéité, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une autorité de surveillance n'a pas à examiner le bien-fondé des actions de la fondation. Si toutefois un accord a été soumis à son approbation et que l'autorité de surveillance aurait dû être consciente du risque de détournement des actifs de la fondation, cela pourrait constituer un manquement de sa part⁴⁷. Le Tribunal a ainsi corroboré sa décision de renvoi de 2016⁴⁸ dans une affaire analogue. Il a enfin conclu en résumé que l'autonomie d'une fondation atteint ses limites lorsque les organes de la fondation portent préjudice à celle-ci et que cela est manifeste pour l'autorité de surveillance, ce qui est le cas lorsqu'il n'existe pas d'autres contrôles suffisants. Concrètement, ce qui est déterminant, c'est que l'autorité de contrôle avait activement approuvé l'accord⁴⁹. En l'espèce, la fondation n'agissait plus que par l'intermédiaire d'un curateur, et ce dernier avait connaissance des procédures pénales en cours contre les membres du conseil d'administration mis en cause ; toutefois, l'autorité de surveillance aurait également dû faire preuve d'une « vigilance particulière »⁵⁰.

Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé sa jurisprudence toute récente⁵¹, selon laquelle la faute propre n'entraîne pas l'exclusion de la responsabilité de l'autorité de surveillance⁵². Il n'a pas non plus jugé opportun de modifier le partage des responsabilités fixé à 50:50 par le Tribunal administratif fédéral.⁵³ Il importe toutefois de retenir qu'on a affaire à un cas particulier en ce sens que l'aliénation du patrimoine de la fondation était « manifeste » (fait vérifié par l'instance précédente suite au renvoi de la cause⁵⁴). Dans un cas normal, l'autorité de surveillance n'est en effet pas tenue de donner son autorisation et ne devrait par conséquent pas non plus être tenue pour responsable⁵⁵.

Pas d'exonération fiscale en cas de conflit d'intérêt supposé

Dans l'arrêt 2C_385/2020 du 25 juin 2020⁵⁶, le Tribunal revient une fois de plus sur la question de l'exonération fiscale⁵⁷. La contestation portait sur le désintéressement exigé d'une fondation d'utilité publique qui a pour but de soutenir financièrement la formation et le perfectionnement de jeunes chanteurs et acteurs. La fondation a consenti aux membres de son conseil deux prêts d'un montant considérable. Le Tribunal fédéral a exposé qu'il ne devait pas exister de conflit entre leurs intérêts personnels et la poursuite de l'intérêt général pour que leur engagement en faveur de la fondation puisse être considéré comme désintéressé. À cet égard, le fait que des prêts aient été consentis à des membres d'un conseil de fondation n'est pas problématique en soi. Ce qui est déterminant, c'est « l'apparence objective, reconnaissable pour des tiers » d'un conflit d'intérêt, qui « n'était pas nécessairement déjà manifeste au moment où l'opportunité de l'exonération fiscale avait été appréciée »⁵⁸. Dans le cas d'espèce, il existe une apparence objective donnant à penser que la fondation n'est pas du tout en mesure de se consacrer à son activité d'intérêt général dès lors que la majeure partie de son patrimoine est lié du fait des prêts consentis à des membres du conseil de fondation⁵⁹.

Valeurs patrimoniales d'une fondation de famille du Liechtenstein détenues en copropriété (au regard du droit fiscal) par des conjoints

L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_826/2019 du 17 mars 2020 illustre un cas où la théorie de la transparence fiscale (levée du voile social, *Durchgriff*) est appliquée à une fondation de famille liechtensteinoise. Les valeurs patrimoniales qui, au regard du droit civil, sont propriété d'une fondation de famille liechtensteinoise, sont attribuées à d'autres personnes au titre du droit fiscal en application de la levée du

voile social (*Durchgriff*). En revanche, la question de savoir si les valeurs patrimoniales non imposées devaient être attribuées au *de cuius* ou au conjoint survivant était controversée. Le Tribunal fédéral a déduit qu'en vertu de l'art. 200 CC, s'il n'était pas possible d'apporter la preuve de la propriété unique, le bien devait être présumé appartenir en copropriété aux deux époux⁶⁰. Il a conclu que, pour une moitié des valeurs patrimoniales, il convenait de procéder au rappel d'impôt simplifié sur trois ans, et pour l'autre moitié, au rappel d'impôt ordinaire jusqu'à dix ans en arrière⁶¹. Ce quand bien même « l'épouse n'aurait pas eu connaissance, du vivant de son mari, de l'existence d'une soustraction d'impôt »⁶².

Il est révolu le temps où la « protection des actifs » s'exerçait sans restriction. Dans leur lutte contre la soustraction fiscale de valeurs patrimoniales, les autorités recourent à des moyens de plus en plus incisifs. On sait qu'une identité étrangère, distincte en droit civil, ne suffit plus, depuis longtemps, pour être à l'abri des autorités fiscales nationales. En revanche, il serait déconcertant que des conjoints se fassent mutuellement imputer une soustraction fiscale alors même que la complicité dans l'intention ne peut être prouvée, et cela devrait soulever des questions dans la pratique.

Révision du droit suisse des fondations : les résultats de la consultation des cantons – une évaluation

Contribution spéciale du Prof. Dr Dominique Jakob et de Renata Trajkova, MLaw

En arguant de « l'accueil circonspect » rencontré par le projet soumis à consultation au cours de la révision du droit suisse des fondations, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a décidé de ne maintenir que deux des huit mesures proposées, et elle a approuvé le projet correspondant. À raison ? L'analyse des prises de positions cantonales aboutit à des conclusions qui méritent d'être considérées.

Contexte

Les personnes et organisations intéressées avaient jusqu'au 14 mars 2020 pour prendre position, dans le cadre d'une procédure de consultation, sur l'avant-projet d'une « loi fédérale relative au renforcement de l'attractivité de la Suisse pour les fondations ». L'avant-projet mettait en œuvre les huit mesures contenues dans l'initiative parlementaire Luginbühl (14.470). Le 3 septembre 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a décidé de retenir seulement deux des huit mesures ; elle a définitivement confirmé cette décision le 22 février 2021 et adopté le projet correspondant de modification du Code civil⁶³. Le motif allégué dans un communiqué de presse était que « la plupart des propositions contenues dans le projet ont été très controversées »⁶⁴. Une réduction aussi radicale du projet reflète-t-elle la position des cantons ? Telle est la question que la présente contribution s'attache à examiner à l'appui de l'analyse des 26 prises de position cantonales⁶⁵, qui, accessoirement, donnent une bonne idée de la manière dont les divers cantons se positionnent en matière de droit des fondations.

Publication régulière de données concernant les organisations exonérées d'impôts en raison de leur utilité publique (ch. 1 de l'Iv.Pa.)

20 cantons (AG, AI, BE, BL, BS, FR, GE, GR, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR⁶⁶, VD, VS, ZG, ZH) ont fait savoir leur opposition de principe à un registre fédéral accessible au public concernant les organisations d'utilité publique exonérées d'impôts. La Synthèse des résultats de la procédure de consultation sur laquelle la Commission des affaires juridiques du Conseil des États semble s'être fondée dans sa décision du 3 septembre 2020 constate par conséquent un large rejet⁶⁷. Sorti de son contexte, ce chiffre peut effectivement être interprété comme un signe d'opposition manifeste. Cependant, à lire plus attentivement les prises de position, il s'avère que le refus ne résulte pas d'un manque d'intérêt pour un tel registre. Bien au contraire : 14 cantons sur 20 sont hostiles à la mesure uniquement parce qu'ils jugent exagéré le *volume* de données spécifiques qu'il est proposé de publier, ou parce qu'ils jugent

préférable que les registres soient tenus au niveau *canton*⁶⁸ (AG, BE, BL, BS, FR, GE, GR, NW, OW, SG, SO, TG, ZG, ZH). Si on leur ajoute les cantons de toute manière favorables au projet (AR, GL, JU et LU; TI s'abstient, NE ne se prononce pas), il est permis de conclure que 18 cantons reconnaissent à tout le moins la nécessité de légiférer et salueraient la poursuite du processus. BE, FR, NE, SO, TI et ZH déclarent du reste entretenir d'ores et déjà un registre cantonal ou une liste équivalente.

Une réglementation plus claire de la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations (ch. 2 de l'Iv.Pa.)

Un examen plus différencié s'impose également à propos de la réglementation de la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations : 14 cantons (AI, AR, BE, BL, GE, GL, GR, JU, NE, SG, SH, SZ, TI, ZH) saluent dans son principe une telle réglementation (avec ou sans propositions de modifications / précisions). Deux cantons (AG, SO) ne voient pas le besoin d'une réglementation. FR, LU, NW, OW, SZ, VD, VS, ZG émettent seulement des commentaires ponctuels relatifs au libellé et TG s'abstient⁶⁹. Le point le plus critiqué et discuté – tant parmi les partisans que parmi les adversaires d'une réglementation – est la manière dont est formulée la qualité pour recourir (AI, BE, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, NE, SG, SO, SZ, TI, VD, UR, ZG). Par crainte d'une action populaire, plusieurs souhaiteraient une définition légale, une énumération, ou autre afin de préciser ce que recouvre l'expression « intérêt à contrôler »⁷⁰. Là encore, la Synthèse est réductrice, car elle ignore les avis favorables *dans le principe* à une réglementation légale⁷¹. Ce qui est en effet déterminant, c'est qu'il s'avère, si on lit attentivement les prises de position cantonales, que la plupart des cantons critiquent la manière dont est formulé le *besoin de légitimation*, mais non le principe en soi.

Optimisation des droits du fondateur par l'extension de son droit d'intervention dans les changements portant sur l'organisation (ch.3 de l'Iv.Pa.)

La facilitation des modifications apportées à l'organisation d'une fondation sans modification du but rallie le soutien de 16 cantons (AG, AR, BL, BS, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, TI, VS, ZH), deux s'y opposent (GE, VD), et les cantons restants s'abstiennent ou ne se prononcent pas (AI, BE, FR, SO, SZ, TG, UR⁷², ZG). Comme cette réglementation a suscité très peu de critiques, elle est l'une des deux mesures que la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a décidé de maintenir dans l'avant-projet.

Simplification des modifications de l'acte de fondation (ch. 4 de l'Iv.Pa.)

La renonciation à un acte authentique pour les modifications apportées à l'acte de fondation et l'unification de la pratique afférente (art. 86c AP-CC) a été expressément saluée par 17 cantons (AG, AR, BL, BS, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, TI, VS, ZH). FR, GE et SZ s'y opposent⁷³. Les six cantons restants s'abstiennent⁷⁴. Étant donné l'absence d'oppositions notables, cette mesure également avance d'une case dans le processus législatif. Il n'est du reste plus possible de distinguer quelles prises de position se réfèrent seulement à l'art. 86c AP-CC et lesquelles concernent également l'art. 86b AP-CC. Cela pourrait être dû au fait que la Synthèse regroupe le traitement des deux normes⁷⁵. Par ailleurs, la Synthèse ne comporte pas d'évaluation des réponses concernant l'art. 86b AP-CC⁷⁶.

Limitation de la responsabilité des membres bénévoles d'organes de fondation (ch. 5 de l'Iv.Pa.)

La proposition d'introduire une norme de responsabilité réduite pour les membres bénévoles des organes des organisations à but non lucratif est très peu soutenue : seuls JU, VS et TI approuvent la disposition, NE et TG ne se prononcent pas. Une majorité très nette (21 cantons) ne voit pas la nécessité pratique de limiter la responsabilité et / ou trouve extrêmement problématique de lier la question de la responsabilité à celle de l'indemnisation. Les cantons ne voient donc pas grand intérêt à poursuivre le processus législatif.

Institution d'un régime de faveur pour les libéralités consenties au débit d'une succession et possibilité de reporter un don sur des périodes fiscales ultérieures (ch. 6 et 7 de l'Iv.Pa.)

L'institution d'un régime de faveur pour les libéralités consenties au débit d'une succession et possibilité de re-

porter un don sur des périodes fiscales ultérieures ne trouve aucun appui du côté des cantons. À l'exception de GL qui s'abstient, et du positionnement peu clair de GE, les cantons sont unanimes dans le rejet, largement pour les mêmes raisons : les mesures seraient contraires aux principes de l'universalité de l'imposition et de l'imposition selon la capacité économique. Cet argument avait déjà amené la majorité des cantons à refuser avec force cette proposition en 2006. Par ailleurs, le droit fiscal ne doit pas être instrumentalisé au service de buts non fiscaux. De plus, la mesure constituerait une atteinte au principe de la périodicité et introduirait un risque d'abus non négligeable⁷⁷. C'est à l'endroit de ces mesures que le rejet par les cantons a été le plus net, et il ne semble guère y avoir d'intérêt pour des propositions alternatives allant dans le même sens.

Ni refus ni retrait de l'exonération fiscale pour les organisations d'utilité publique qui versent des honoraires appropriés aux membres de leurs organes de direction stratégique (ch.8 de l'Iv.Pa.)

La situation est moins claire quant à la question de savoir si une règle de droit doit stipuler que le versement d'honoraires appropriés aux membres des organes de direction stratégiques d'organisations d'utilité publique ne doit entraîner ni le refus ni le retrait de l'exonération fiscale. Alors qu'une vaste majorité de cantons la rejette, sept cantons (AG, AI, GL, LU, JU, SG, TG)⁷⁸ saluent le principe d'une telle règle (tout en émettant des propositions de modification et des réserves). La position de SZ n'est pas claire. L'argument principal aux yeux des adversaires est le risque de voir les fonds aujourd'hui affectés à juste titre à l'activité d'utilité publique de l'organisation faire défaut à l'avenir. Du reste, il n'y aurait pas nécessité de légiférer, puisque la pratique en vigueur admet d'ores et déjà des indemnités proportionnées dans des cas particuliers et qu'il est possible de faire preuve de souplesse. Si une réglementation devait voir le jour malgré tout, il conviendrait de déterminer ce qu'il faut entendre exactement par une indemnisation conforme au marché (ou le cas échéant, remplacer « conforme au marché » par « modérée »)⁷⁹. On relèvera qu'AG, BE, GE, GR et ZH pratiquent d'ores et déjà une approche pragmatique, puisqu'ils indiquent admettre une indemnisation appropriée / modérée / mesurée dans des cas exceptionnels ou à certaines conditions. BL, BS, NW, OW, SG, SO, TG, VD et ZG, qui ont également évoqué leur pratique à ce jour, renvoient même à ce qu'ils appellent une pratique « établie partout en Suisse », consistant à indemniser, outre les frais effectivement encourus (dépenses en espèces, frais de transport),

aussi les frais pour des activités extraordinaires. Globalement, il s'avère que les cantons sont moins hostiles à cette mesure que la Synthèse des résultats ne le donne à penser.

Conclusions

Considérées dans leur ensemble, les réponses autorisent à conclure que la réduction draconienne de l'avant-projet ne s'imposait pas, du moins du point de vue des cantons. Les prises de position cantonales justifient le retrait de trois mesures seulement sur huit (régime de faveur pour les libéralités consenties au débit d'une succession ; possibilité de reporter un don sur des périodes fiscales ultérieures ; limitation de la responsabilité des membres bénévoles d'organes de fondation). L'appréciation des cantons concernant la rémunération appropriée des organes de direction stratégiques est moins nette, et il aurait fallu noter que la discussion méritait d'être poursuivie. De la même façon, l'effort de transparence accompli en rendant publiques des données par l'introduction d'un registre des organisations exonérées d'impôts a été abandonné prématurément, puisque c'est la façon de se procurer les données et leur volume qui ont prêté à controverse, et non la nécessité d'un tel registre. Il en va de même concernant la nécessité de réglementer la légitimation pour déposer une plainte auprès de l'autorité de surveillance des fondations. La mesure n'avait pas convaincu à cause de la manière dont était formulée la légitimation ; mais il aurait été parfaitement possible de revenir sur cet aspect dans la discussion. Nous nous sommes volontairement abstenus d'entrer dans le détail des nombreux malentendus ou arguments erronés rencontrés dans les prises de position cantonales. Il n'en demeure pas moins, en toute objectivité, que l'état des opinions cantonales quant à la nécessité de légiférer dans le domaine des fondations ne justifie pas la réduction de l'avant-projet à uniquement deux points.



Renata Trajkova, MLaw, prépare une thèse de doctorat dans le domaine du droit de la surveillance des fondations. Elle est assistante de recherche rattachée à la chaire scientifique du Prof. Dominique Jakob et travaille au Centre de droit des fondations de l'Université de Zurich.

Révision du droit suisse des fondations – Ce qui serait maintenant important

Contribution d'auteur du Prof. Dr Dominique Jakob

Point de la situation et contexte

Régi par le Code civil (CC), le droit des fondations remonte à 1912 et n'a subi aucune modification pendant près d'un siècle. Après la révision de 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, le secteur des fondations a encore été touché à la marge, comme par dommage collatéral, par des révisions intervenues dans d'autres domaines du droit ; et du reste les prescriptions s'en ressentent⁸⁰. La première intervention parlementaire portant spécifiquement sur le droit des fondations a été la motion Luginbühl « Fondations. Renforcer l'attractivité de la Suisse » (09.3344) du 20 mars 2009, classée de façon relativement abrupte sur proposition du Conseil fédéral⁸¹ du 20 mars 2013⁸². À l'époque, l'auteur de ces lignes s'était demandé si la Suisse ne devrait pas se doter d'une stratégie en matière de fondations, mais la question n'avait pas été retenue par les organes législatifs⁸³. Le conseiller aux États Luginbühl ne s'est pas non plus accommodé du classement de sa motion et est revenu à la charge en présentant le 9 décembre 2014 une initiative parlementaire (Iv.Pa.) « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations » (14.470), qui, après plusieurs va-et-vient, a fini par être transmise le 19 octobre 2017 par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N). Le 28 novembre 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) a présenté un avant-projet de révision du droit des fondations et a ouvert une procédure de consultation dont le délai était fixé au 13 mars 2020.

Les 67 prises de position enregistrées ont servi de base à l'évaluation que la CAJ-E a publiée dans son Rapport de synthèse du 6 août 2020. Les conclusions auxquelles parvient la CAJ-E ont de quoi surprendre : la commission a décidé de ne retenir que deux des huit mesures préconisées par l'initiative, à savoir l'optimisation des droits du fondateur par l'extension de son droit d'intervention dans les changements portant sur l'organisation, et la simplification des modifications de l'acte de fondation. Cela au motif que les autres mesures avaient suscité un accueil réservé, voire avaient suscité la controverse ; les cantons s'étaient notamment opposés aux mesures relevant du droit fiscal. La procédure législative nous a pourtant habitués à des déceptions, mais en l'occurrence, le parti pris était proprement absurde, ne serait-ce que parce que les mesures préconisées dans l'initiative visaient justement à trouver une solution univoque pour des questions controversées, ou à amener les cantons à harmoniser leurs pratiques. Par ailleurs, l'évaluation des prises de position n'a

pas été adéquate – tout du moins très sommaire – spécifiquement en ce qui concerne la nécessité de légiférer sur les différents aspects soulevés (voir également la contribution d'auteur de Dominique Jakob/Renata Trajkova page 19 ss). L'évaluation n'a en outre pas rendu justice au poids relatif de certaines prises de position, que ce soit celle des trois instituts universitaires spécialisés en la matière (CEPS, GCP et Zfs)⁸⁴, ni celle des deux associations sectorielles majeures (SwissFoundations et proFonds). Pour l'essentiel, la voix du secteur n'a pas été entendue. Mais puisque le dernier mot n'est pas encore dit, que ce soit au Conseil des États ou, surtout, au Conseil national, la présente contribution propose d'apporter un éclairage supplémentaire.

De la nécessité de réformes dans le droit des fondations

Le droit suisse des fondations nécessite-t-il une révision totale ? Rien n'est moins sûr. Pour autant, il est douteux qu'il nécessite une révision atrophiee, car on ne saurait qualifier autrement le projet proposé par la CAJ-E, réduit à deux mesures. Le danger, si notre législatif parvenait à faire passer ce projet pour une vraie révision, c'est que le droit des fondations serait réputé de nouveau à jour pour les années, voire les décennies à venir. Le droit suisse des fondations en tant que tel est d'un bon niveau. Ce qui fait problème, c'est que, depuis plusieurs années, les autorités et les tribunaux donnent de cette législation très générale une interprétation systématiquement défavorable aux fondateurs et aux fondations. C'est pourquoi l'impératif de l'heure est d'arriver à une modernisation intelligente, qui sauvegarde la liberté des fondateurs et l'autonomie des fondations, et qui assure aux fondations en Suisse des conditions durablement favorables au regard de la concurrence.

Dans ce contexte, l'auteur de ces lignes avait rédigé sa propre réponse à la consultation et l'avait présentée à l'occasion de la 5^e Journée zurichoise du droit des fondations, le 30 janvier 2020⁸⁵. Il avait pris ce parti, sachant que les processus politiques sont très sélectifs. En effet, le groupe d'experts constitué pour préparer l'Iv.Pa, dont l'auteur faisait partie, n'avait réussi à s'entendre que sur un petit nombre de propositions communes. Parmi celles-ci, l'initiateur a fait son propre choix, en retenant celles qui, dans l'immédiat (fin 2014, donc il y a plus de six ans), paraissaient politiquement opportunes. Tout cela partait d'une bonne intention, mais était très éloigné d'une révision

complète, fruit d'une réflexion systématique. Or, si l'on est résolu à toucher au droit des fondations, autant opter pour une approche globale capable d'apporter une solution aux vrais chantiers. Par ailleurs, prenons à cœur le principe selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis pour parvenir à un bon équilibre entre liberté et gouvernance. Telle doit être l'optique qui doit guider quant au fond une révision du droit des fondations⁸⁶.

Les mesures spécifiques nécessaires dans l'optique d'une modernisation du droit des fondations s'articulent selon trois grands axes⁸⁷.

Flexibilisation modérée du droit des fondations

Depuis un siècle, le cours des choses s'est beaucoup accéléré. À tous égards, la momification programmée des fondations inscrite dans les dispositions du CC ne répond plus aux besoins actuels. Tout au contraire, une conception un peu plus flexible des fondations s'impose afin de permettre des évolutions nécessaires et un impact accru. L'édition 2021 du Swiss Foundation Code 2021 introduit précisément un quatrième principe qui consacre cette capacité à évoluer (voir également la contribution d'auteur de Georg von Schnurbein page 34). Quelques mesures peuvent être plus spécifiquement préconisées dans ce contexte :

Le droit suisse des fondations dans son état actuel est certes dominé par le dogme de la liberté du fondateur. Ce principe mériterait cependant d'être encore renforcé par son inscription dans le droit positif à l'art. 83 CC. Il importerait également de préciser, à l'art. 81 CC, qu'une fondation n'a besoin pour sa constitution d'aucune autorisation de l'autorité de surveillance. Le Tribunal fédéral a ainsi statué⁸⁸, mais les autorités tendent à l'oublier.

Pour ménager davantage de flexibilité pour les scénarios d'évolution ultérieure, il conviendrait, à l'art. 85 CC, de ne pas limiter la possibilité, pour l'autorité de surveillance, d'apporter des changements à l'organisation d'une fondation aux situations où « cette mesure est absolument nécessaire ». Lorsque quelque chose est absolument nécessaire, c'est en général qu'il est déjà trop tard. Les conseils de fondation doivent aussi avoir la possibilité d'aller de l'avant lorsqu'une évolution est souhaitable. Comme le propose l'Iv.Pa., il s'agit en outre de faciliter des modifications accessoires au sens de l'art. 86b CC – actuellement, celles-ci doivent « être commandées par des motifs objectivement justifiés (*triftige Gründe*) » ; il devrait suffire que les motifs soient simplement « objectifs (*sachliche Gründe*) ». Par ailleurs, la modification de l'étendue du but (par extension ou réduction) devrait être réglée par une disposition à part (p.ex. un art. 86 al. 3 nCC). Actuellement, les modifications de l'étendue du but sont soumises aux conditions régissant la modification du but. Or, s'il est vrai que les modifications de l'étendue se rapportent au but, elles ne modifient pas le but à proprement parler au sens de la loi. Ces modifications doivent être admissibles lorsque la ré-

duction ou l'extension du but « permet de mieux accomplir celui-ci, et que l'adaptation correspond à la volonté effective ou présumée du fondateur. » Enfin, il paraît logique, comme le propose l'Iv.Pa., d'étendre le droit de modification accordé au fondateur concernant le but de la fondation (art.86aCC) pour inclure une réserve de modification portant sur l'organisation de la fondation. Cela lui permettrait aussi d'apporter plus tard des changements à la gouvernance, par exemple en introduisant ou en supprimant un organe familial s'il en voit le besoin en raison d'une nouvelle constellation familiale, par exemple. Une grande majorité des avis recueillis dans la consultation ont du reste été favorables à cette proposition⁸⁹. Ce qui importe en réalité, c'est que, si les conditions pour la modification des différents états de fait sont réunies, il existe un *droit* à décider la modification (ce qu'il est judicieux de régler dans une disposition expresse). L'autorité de surveillance a seulement compétence pour contrôler la décision du conseil de fondation afin d'exclure une erreur de droit, et en l'absence d'une telle erreur, sa décision est liée⁹⁰.

L'auteur de ces lignes n'est en revanche pas favorable à la proposition faite dans l'Iv.Pa. de limiter la responsabilité des membres bénévoles d'organes de fondation en excluant la responsabilité en cas de négligence légère. La disposition correspondante dans l'avant-projet présente trop de faiblesses. Il serait préférable de codifier, dans la partie générale portant sur la personne morale (art. 55 al. 4 CC), une « *Business Judgment Rule* » derrière laquelle les membres de conseils de fondation puissent se réfugier lorsqu'ils ont été appelés à prendre des décisions difficiles dans des circonstances difficiles, pour autant que « le membre de l'organe ne s'est pas laissé guider par des intérêts étrangers lors de la prise d'une décision de gestion et pouvait raisonnablement supposer qu'il agissait dans l'intérêt de la personne morale sur la base d'informations appropriées »⁹¹. Enfin et surtout : des fondations modernes ont besoin de conseils composés de membres compétents, qu'il va, dans certains cas, falloir rémunérer. C'est pourquoi il faudrait une disposition qui stipule, d'une manière ou d'une autre, qu'une rémunération appropriée de leurs organes directeurs ne doit pas mettre en péril l'exonération fiscale des fondations. Cette revendication également est soutenue par un grand nombre d'organisations importantes⁹² et, contrairement à ce que le CAJ-E suggère dans son évaluation, elle n'est pas rejetée par une majorité de cantons⁹³.

Clarification des bases de la surveillance

Concernant l'exercice de la surveillance, on observe depuis quelques années que le vent tourne. L'auteur de ces lignes avait eu cette boutade un peu provocatrice : « de partenaïres, les autorités de surveillance sont devenues les gendarmes des fondations »⁹⁴. On en serait arrivé là si le projet de LSAF de 2016⁹⁵ avait abouti. C'est pourquoi l'auteur avait tenu à rappeler que les autorités de surveillance ont pour mission de protéger *les fondations*, et non de protéger

le monde *des fondations*⁹⁶. Plutôt que de créer une loi spéciale relative à la surveillance des fondations, les bases de la surveillance doivent être précisées dans le CC. À cet effet, le mandat de surveillance doit être reformulé de manière à stipuler que l'autorité veille à ce que la gestion et l'administration de la fondation soient conformes à la loi et à ses statuts ; et que les autorités de surveillance sont liées par les principes de la surveillance, de la subsidiarité et de la proportionnalité (art. 84 al. 2 CC). Il est en outre urgent de réglementer plus clairement les voies de recours pour les fondations dans une disposition expresse régissant la capacité de recourir (art. 84 al. 3 nCC). C'est là une revendication appuyée, qui est partagée non seulement par la majorité des cantons⁹⁷, mais aussi par les principales organisations⁹⁸ ayant participé à la procédure de consultation.

Élimination de défauts structurels dans la législation relative aux fondations spéciales

Il est temps, enfin, de remédier à certains défauts structurels dans la réglementation de types particuliers de fondations hérités du passé. Ainsi, cela fait plusieurs décennies que nombre d'universitaires et de praticiens réclament une nouvelle réglementation de la fondation de famille. Une solution simple consisterait à ouvrir le cercle des bénéficiaires à tout particulier, puisque personne ne sait à ce jour qui, dans une fondation de famille, doit être considéré comme un « membre de la famille »⁹⁹. Par la suite, une codification de la fondation de famille pourrait être insérée à l'endroit qui convient, à savoir à l'art. 87 CC. Actuellement, la disposition relative à la fondation de famille se trouve à l'art. 335 CC, dans le droit de la famille. Cet article, qui a fait passer des nuits blanches à des générations de juristes, pourrait enfin être supprimé purement et simplement. Les fins d'entretien doivent être expressément autorisées ; la perpétuation des biens pourrait toutefois être évitée par l'introduction d'une « règle d'interdiction des perpétuités » (*rule against perpetuities*) autorisant les fins d'entretien pour, disons, seulement 100 ans. Au bout des cent ans, la fondation devrait être dissoute si elle ne poursuit pas un but mixte restant ou un but successif. Cette proposition ménage une ouverture très modérée ; il n'est pas question d'introduire une version suisse de la fondation privée offshore. Pour autant, une telle disposition introduirait dans le droit suisse un véhicule sûr pour la perpétuation du patrimoine d'utilité privée en Suisse. Si un fondateur veut obtenir davantage (p.ex. davantage de droits formateurs ou davantage de confidentialité), il optera, comme cela se pratique déjà, pour une fondation de droit liechtensteinois ou pour un trust anglo-américain.

La fondation de famille doit impérativement être traitée indépendamment de la fondation ecclésiastique, et cette dernière doit être réglementée à part, dans un nouvel art. 87a nCC, en tant que « fondation religieuse ». C'est un peu par hasard que les deux formes de fondation se sont

trouvées groupées dans un même article. Mues par des dynamiques totalement différentes (avec, par exemple, la pression accrue actuellement exercée par l'opinion publique en faveur d'une surveillance des communautés religieuses afin d'empêcher le financement du terrorisme), elles doivent pouvoir se développer indépendamment, sous l'égide de prescriptions distinctes. Enfin, il serait souhaitable qu'une réglementation de la fondation mixte soit introduite dans un nouvel art. 87b nCC. Comme c'est déjà le cas, l'association d'un but spécifique à un but classique doit mener à la constitution d'une fondation classique (soumise à surveillance) ; il convient cependant de spécifier qu'un but simplement subordonné n'altère pas le caractère de la fondation.

Réformes fiscales

Dans le droit fiscal, les principaux aspects qui donnent actuellement du fil à retordre aux fondations d'utilité publique sont l'admissibilité de l'exercice d'activités à l'étranger, la rémunération des organes de direction ainsi que les conditions imposées aux modalités de soutien entrepreneuriales. Il n'y a pas nécessité pour le législateur de réglementer ces aspects (voir toutefois plus haut la question de la rémunération). Il suffirait d'adapter la circulaire n° 12 du 8 juillet 1994 de l'Administration fédérale des contributions (AFC), ainsi que, par voie de conséquence, les pratiques de la Conférence suisse des impôts (CSI) du 18 janvier 2008. Cela aurait déjà dû être fait depuis longtemps. Le droit suisse en matière d'utilité publique souffre de disparités pour cause de fédéralisme, de repli national et d'obsolescence. Si la Suisse veut continuer d'attirer des projets prometteurs, la liberté du fondateur ne doit pas être contrariée par un droit fiscal excessivement sévère¹⁰⁰.

Résumé et perspectives

Le droit des fondations n'appelle pas nécessairement une révision totale. Mais il a besoin d'une modernisation judicieuse, non pas tant pour que la Suisse gagne en attrait, mais pour lui éviter d'en perdre. Les processus législatifs sont usants ; néanmoins il vaut la peine de continuer à se battre, car rien moins que l'avenir de l'attrait de la Suisse pour les fondations est en jeu. Avoir au cœur de l'Europe un lieu accueillant pour les fondations, qui allie gouvernance moderne et liberté d'organisation, tant pour les fondateurs et les fondations que sous l'angle du droit des fondations et du droit fiscal, tel est l'enjeu dont on ne saurait surestimer l'importance.

III. DOSSIER SPÉCIAL : FINANCES

La fondation est une unité d'impact, dans laquelle collecte de fonds et utilisation des fonds sont liées. Les conseils de fondation doivent par conséquent être attentifs au but d'utilité publique de la fondation dans leurs décisions de placement, afin d'éviter que leurs investissements entrent involontairement en conflit avec leur but.

Le marché des placements dits durables, à impact, s'est énormément développé ces dernières années. Dans le même temps, on voit constamment apparaître de nouvelles notions et de nouvelles modalités : les fondations développent leurs propres approches pour faire en sorte que leur stratégie de placement reflète la manière dont elles souhaitent exercer un impact. Les analyses et les études de cas présentées ci-après devraient permettre d'y voir un peu plus clair.

Placements durables et Impact Investing

Contribution d'auteur du Prof. Dr Georg von Schnurbein

Le patrimoine est la principale raison d'être d'une fondation. Il ne saurait y avoir de fondation sans patrimoine affecté. Il est d'autant plus surprenant qu'on se soit pendant si longtemps désintéressé de la manière dont ce patrimoine est investi. Soit la fortune, comme c'est le cas par exemple en Allemagne, était d'emblée liée sous forme de placements en bon père de famille, soit la fondation perpétuait sans jamais remettre en cause les décisions prises par le fondateur. Tant que même les avoirs en espèces et les obligations produisaient un rendement suffisant, il n'y avait pas de raison de s'occuper plus activement du patrimoine de la fondation.

Cette époque est révolue depuis longtemps. D'une part, les placements exempts de risque ne rapportent pratiquement plus rien, voire coûtent quelque chose. D'autre part, il existe désormais une sensibilité croissante aux conséquences occasionnées par le placement de la fortune d'une fondation. Le vieux principe selon lequel «pecunia non olet» (l'argent n'a pas d'odeur), stipulant que l'essentiel est de retirer un rendement maximal pour distribuer celui-ci au profit du but d'utilité publique, est de plus en plus remis en question. Il est vrai que ce changement de mentalité n'a connu une véritable accélération que ces deux dernières années, encouragé par les changements et nouvelles réglementations intervenus sur les marchés financiers. La figure 8 montre l'allocation d'actifs d'un portefeuille moyen par catégories de placement. Les données proviennent d'un sondage réalisé par le Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS) et Globalance Bank auprès de 120 fondations totalisant un patrimoine de 9,9

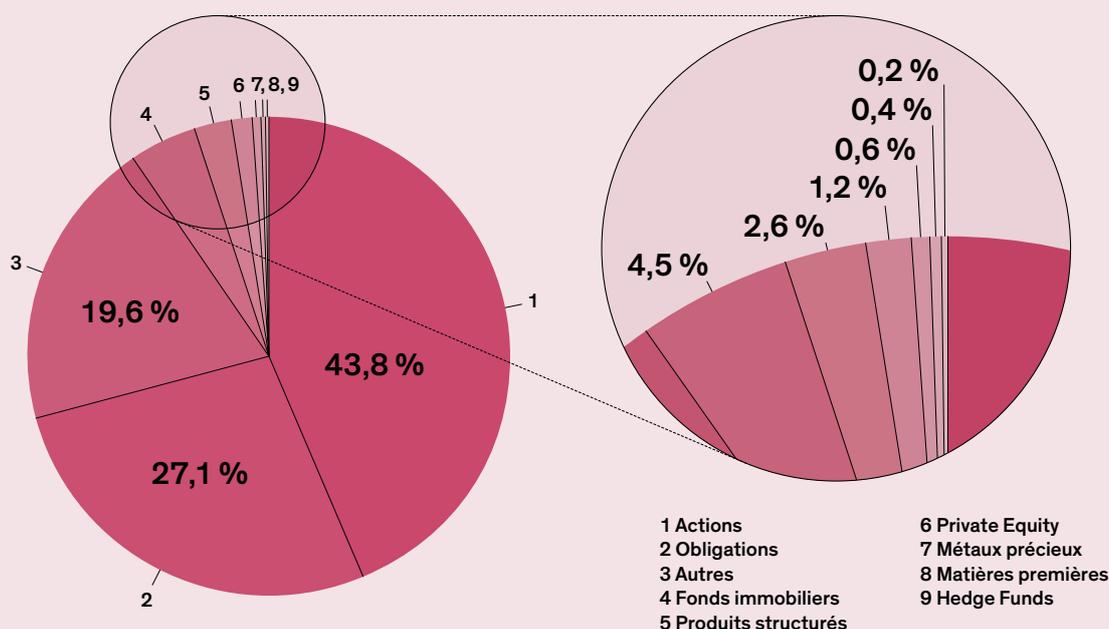
milliards de francs suisses. De toute évidence, les actions dominent dans l'allocation d'actifs.

57,5% des fondations indiquent qu'elles prennent en considération le but de la fondation dans leur politique de placement, excluant notamment certains secteurs ou certaines formes d'investissement. Si l'on compare ces résultats avec une étude analogue réalisée en 2013, on constate seulement des changements mineurs dans la manière de gérer les placements à impact. Les plus sceptiques notamment se montrent réservés parce qu'ils s'attendent à un plus faible rendement, ou parce qu'ils n'ont pas encore étudié la question.

Leur réticence s'explique peut-être en partie par la jungle de notions, de dénominations et de concepts qui ont proliféré en peu de temps. Le graphique ci-après a été établi pour le guide « Investir en créant de l'impact » publié par le Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS) de l'Université de Bâle et la Banque alternative

Fig. 8

Allocation d'actifs selon les catégories de placement



(Source: CEPS / Globalance Bank 2020; N=120)

suisse (BAS). Entre la pure maximisation du profit et la philanthropie pure, on distingue deux formes de placement intermédiaires. Les placements durables visent un rendement financier – souvent conforme au marché – ; toutefois il n'est pas possible de mesurer de façon certaine l'impact social et environnemental des placements effectués (p.ex., lorsqu'on place de l'argent dans un fonds d'actions, on ne peut pas vérifier l'impact de son investissement). De nos jours, les placements durables s'effectuent le plus souvent sur la base de critères ESG (Environmental – Social – Government) et de critères d'exclusion. Si une fondation entend aligner ses placements durables sur son but d'utilité publique, elle doit fixer ses critères d'exclusion de sorte à lui éviter d'opérer des investissements en contradiction avec son but. Une fondation qui favorise la promotion de la santé chez les jeunes n'investira pas dans des entreprises de restauration rapide, et exclura les fonds comportant des titres de cette catégorie.

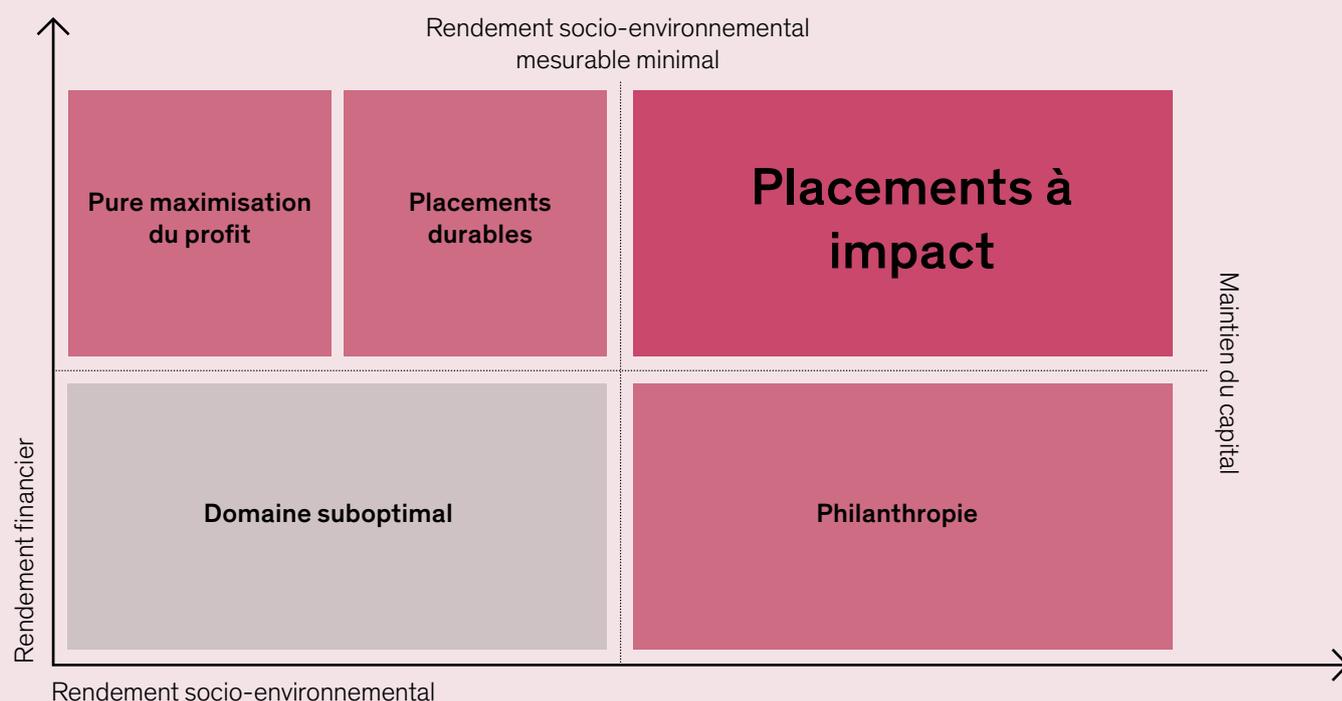
Les placements à impact sont souvent considérés comme une sous-catégorie des placements durables. Pour les fondations toutefois, ils revêtent un intérêt spécifique. En effet, dans cette catégorie, les placements ne se font pas seulement en conformité avec un but, mais de manière à promouvoir ce but. En d'autres termes, le placement en tant que tel est déjà un acte au service de l'accomplissement du but d'utilité publique. Lorsqu'il s'agit d'évaluer un placement ou d'opter pour ou contre celui-ci, on ne tient donc pas seulement compte du rendement financier, mais également du rendement sous l'angle socio-environnemental. Ce critère doit être mesurable et mesuré, car seules

ces données sauraient justifier le rendement souvent faible des placements visant à créer un impact. Les placements à impact sont particulièrement efficaces dans le secteur de l'immobilier. Une fondation culturelle peut investir dans des propriétés où se déroulent des événements culturels, ou une fondation environnementale dans la production d'énergie durable. Les objectifs de développement durable (ODD/SDG) peuvent être utiles pour identifier les domaines de placement à impact en lien avec le but d'une fondation. Les dix-sept objectifs renvoient à des domaines où des placements à impact sont possibles, tels que la finance inclusive, le logement abordable, l'éducation, ou la sylviculture et l'agriculture durables.

Alors que de plus en plus de caisses de pension ont l'obligation légale de prendre en considération des critères de durabilité, il n'existe pas encore d'obligation de ce type pour les fondations. Cependant les résultats de l'enquête du Rapport Benchmark menées auprès des membres de SwissFoundations montrent que de nombreuses fondations s'orientent d'ores et déjà dans cette direction. 84 % des fondations participantes déclarent tenir compte de critères de durabilité dans leurs placements ou rechercher des placements à impact¹⁰¹.

Fig. 9

Répartition des actifs dans un portefeuille de placements durables et de placements à impact



(Source : CEPS/ Banque alternative Suisse 2020)

Un impact sans spéculation – Le modèle d'impact de la fondation Edith Maryon

Contribution spéciale du Dr Ulrich Kriese

La fondation Edith Maryon soustrait des terrains à la spéculation et met à disposition des immeubles pour des buts et projets novateurs sur le plan sociétal. Elle s'interdit de tirer des bénéfices spéculatifs de ses transactions immobilières. Cette restriction qu'elle s'impose est la clé de sa recherche d'impact. La fondation obtient un impact en faisant de la terre un bien commun. Elle privilégie ainsi le « rendement social » des biens immobiliers.

Créée en 1990, la Fondation Edith Maryon acquiert des terrains et des immeubles, les détient durablement et rend ainsi possible la réalisation de projets immobiliers d'un autre genre, tels que des projets d'habitat collectif, des lieux dédiés à la culture, à la formation et à l'éducation, ou encore des fermes Demeter. Ses partenaires de projet sont des initiatives sociales, des entreprises d'intérêt général, ainsi que de nombreux particuliers. Pour environ un tiers de ses 140 propriétés, la fondation se contente d'être propriétaire du bien ou de céder le terrain en droit de superficie ; le restant est affermé ou loué.

Une croissance aux multiples facettes

Dans tout ceci, la fondation est assez atypique à plusieurs égards. Elle a été fondée avec très peu de capital, et pourtant elle continue de croître continuellement au fil des donations, legs, prêts sans intérêts de nombreux donateurs, de la reprise de patrimoines et de fusions avec de plus petites fondations. Au moment de la constitution de la fondation, le capital de fondation était seulement de 12 000 francs. Fin 2019, sa valeur consolidée atteignait plus de 50 millions de francs, avec un total du bilan de plus de 300 millions de francs (dont plus de 95% sous forme de biens-fonds). La fondation Edith Maryon compte aujourd'hui parmi les rares fondations à activités entrepreneuriales dotée de nombreux fondateurs.

Un des points forts de la fondation Edith Maryon, c'est de concilier plusieurs modèles de règlement d'une succession. Avec l'aide de la Fondation, il est possible, par exemple, d'assurer durablement, par-delà le décès du propriétaire, la location socialement responsable d'un bâtiment résidentiel, l'utilisation d'un bien immobilier à des fins culturelles ou l'exploitation d'une ferme en biodynamie. La fondation a pour principe d'exclure la revente à des tiers des propriétés qu'elle a reprises. Elle propose une solution successorale sur mesure à tous ceux qui souhaitent à la fois s'assurer que leurs biens sont entre de bonnes mains et continuent d'être gérés de manière socialement responsable, et soutenir une organisation spécifique. Une coopération de ce type existe, par exemple, avec Greenpeace Suisse, et elle est également possible avec d'autres organisations à but non lucratif.

Un double impact

En proposant son concours à des donateurs pour un acte de philanthropie, et en faisant profiter ses partenaires de projets à impact (locataires, fermiers, superficiaires) des biens immobiliers et de la marge de manœuvre financière acquise, la fondation agit en tant que facilitatrice d'impact et non comme un investisseur traditionnel qui investit dans l'immobilier ou dans des placements à impact. Comme, en règle générale, elle ne bénéficie pas de revenus à affectation libre, elle n'est pas en quête de possibilités de placement. En revanche, il lui arrive de partir à la recherche de donateurs lorsqu'il s'agit de rendre possible un projet immobilier qui lui a été soumis, toujours à condition que les personnes derrière le projet et l'idée du projet remportent sa conviction. C'est ainsi que voient le jour ou que peuvent être poursuivis des projets et initiatives qui n'auraient aucune chance sur le marché de l'immobilier ou qui seraient relégués dans des sites périphériques. Le plus souvent, les critères appliqués par les banques ne sont guère plus favorables à ces projets en quête de financement. La fondation ne prend pas pour autant un risque particulier. Bien au contraire, un examen approfondi du bien immobilier, du futur partenaire de projet avec ses atouts et ses faiblesses, ses chances et ses risques, aboutit à une appréciation relativement solide. De fait, de nombreux projets que la fondation rend possibles ou garantit représentent même un risque particulièrement bas.

Donner l'exemple

Au-delà de son impact (indirect) par le placement de sa fortune, la fondation Edith Maryon a également un impact socio-politique. En posant le problème de la spéculation foncière et de la privatisation de la rente foncière dans le cadre de publications, de séminaires et de tables rondes, elle effectue un travail de sensibilisation tout en proposant des solutions. Elle a par ailleurs été co-initiatrice de la « Nouvelle initiative sur le sol » à Bâle qui a réuni deux tiers des suffrages en 2016. Cette initiative oblige le canton de Bâle-Ville à détenir durablement son sol, en octroyant au besoin des droits de superficie à des tiers, mais en cessant

de le vendre. Cette initiative a servi d'exemple pour d'autres initiatives similaires ailleurs en Suisse, dont la plupart ont également eu gain de cause.



Ulrich Kriese, Dr sc. EPF est un chercheur en sciences de l'environnement et en sciences administratives, spécialisé en aménagement du paysage et des espaces libres, membre de la direction de la Fondation Edith Maryon, coorganisateur de la campagne bâloise en faveur de la « Nouvelle initiative sur le sol » et cofondateur du réseau d'informations « Gemeingut Boden ». Membre du curatorium de la fondation trias (DE).

La Fondation Edith Maryon

L'initiative de constituer la fondation Edith Maryon est issue d'un travail de réflexion critique inspiré par les aspirations du mouvement de réforme du sol et plus particulièrement par l'ouvrage de Rudolf Steiner *Fondements de l'organisme social* (Die Kernpunkte der sozialen Frage in den Lebensnotwendigkeiten der Gegenwart und Zukunft) de 1919. L'équipe de fondation désirait passer de la théorie à la pratique. Le nom choisi était celui d'Edith Maryon, femme sculpteur originaire d'Angleterre et proche collaboratrice de Rudolf Steiner. Elle s'était beaucoup investie dans les problématiques sociales de son temps et avait entre autres été à l'origine d'un projet d'habitat social à Dornach SO.

Établie à Bâle, la fondation est active non seulement en Suisse, mais également dans les pays voisins, et plus particulièrement en Allemagne. Elle compte par exemple à Bâle des immeubles connus tels que Unternehmen Mitte (qui abrite entre autres choses le secrétariat de la fondation), la Markthalle exploitée en tant que bien communal, les immeubles à ateliers d'artistes Grenze et Amerbach Studios, ainsi que l'historique Hotel Krafft. Dans les trente premières années de son existence, la fondation a réussi à soustraire à la spéculation plus de 900 hectares de terres agricoles ainsi que plus de 21 hectares de terrains constructibles. En outre, la fondation a aidé plus de 10 000 ménages de Suisse du Nord-Ouest à obtenir un logement grâce à des dépôts de garantie de loyer solidairement garantis.

Depuis 2006, la Fondation affecte une partie de ses recettes à des projets artistiques et culturels. Plus de 1 300 projets ont bénéficié de cette aide totalisant à ce jour plus de 27,5 millions de francs.

Dans un souci poussé de transparence, la fondation publie sur son site www.maryon.ch ses rapports d'activité et ses comptes annuels, ainsi que des profils succincts de tous ses projets immobiliers.

L'ouvrage collectif *Boden behalten – Stadt gestalten* (rüffer & rub, 2019) réunit des contributions sur la Nouvelle initiative sur le sol du canton de Bâle-Ville, les initiatives ultérieures, des aspects techniques de l'aménagement du territoire et d'autres démarches et initiatives similaires.

L'investissement à impact – Une perspective vers le futur

Contribution spéciale du Dr Maximilian Martin

En renforçant systématiquement l'impact social de leurs actifs investis et en accordant des subventions stratégiques pour soutenir les financements innovants, la préparation numérique des organisations à but non lucratif et les causes qui leur tiennent à cœur, les fondations peuvent mettre tout leur capital au service du bien public.

Les fondations constituent l'un des catalyseurs de la société pour promouvoir le bien public. Elles jouissent d'une confiance considérable du public et ne sont limitées que par la disponibilité du capital et la créativité de leur pensée. Le vieillissement de la population, l'éducation, ou la médecine de précision, ne représentent que quelques exemples où les fondations apportent une valeur ajoutée sociale significative. La pandémie de COVID-19 illustre également à quel point elles sont importantes au bon fonctionnement de nos sociétés.

Dans ce début des années 2020, les fondations se retrouvent au milieu d'importants changements sociétaux. À une époque où notre savoir semble soudainement dépassé, les fondations ont le privilège non seulement de réagir aux crises, mais aussi d'examiner de manière proactive les questions sociétales et environnementales avec une vision bien plus long terme que la majorité des acteurs du tissu social limités par les cycles électoraux et la nécessité de présenter régulièrement des bilans économiques positifs.

Pour l'avenir, il est important de se demander comment les fondations peuvent allouer plus de capital au bien public. Idéalement, il faudrait exploiter systématiquement l'entièreté du capital d'une fondation, en tenant dûment compte des paramètres de risque et de rendement financier.

Avec ce point de vue stratégique en tête, les fondations ont deux dimensions à considérer : leurs avoirs et leurs dépenses.

Du côté des actifs, en règle générale, 95 à 98 % du capital d'une fondation reste investi chaque année. Cela leur permet de financer des donations à hauteur de 2 à 5 % de ce même montant.

Même dans le cas où une fondation dépenserait son capital à un taux de 10 % par an, 90 % de ses avoirs restent investis à tout moment, mais cela ne veut pas pour autant dire que ce capital n'a pas d'utilité sociétale. En effet, de nombreuses fondations choisissent de placer cet argent dans des entreprises et titres bénéficiant d'un bon classement ESG (Environnemental, Social et Gouvernance). Ces dernières années ont également vu la finance novatrice et les questionnements sur la durabilité devenir des sujets

de plus en plus importants et répandus, ce qui permet aux conseils de fondation de réexaminer leurs portefeuilles et de mettre en place une stratégie d'investissement durable.

De manière similaire, l'investissement à impact qui n'était guère plus qu'une idée prometteuse lorsque cela avait été conceptualisé en 2007, est maintenant une manière totalement viable d'avoir un retour sur investissement en allouant du capital à des entreprises et projets à haute valeur sociale.

Cependant, s'il semble que d'effectuer un test de durabilité pour ses avoirs est une opportunité évidente pour une fondation, qu'en est-il du budget annuel de subventions ?

Il y a là d'autres possibilités d'améliorer encore l'alignement sur la mission de la fondation et de déployer du capital à des fins ciblées. Au-delà de l'octroi de subventions plus traditionnelles à la société civile, ou quelconque projet social ou environnemental interne à la fondation, il existe également des possibilités de soutenir des améliorations systémiques, qui impactent directement le contexte opérationnel propre à la fondation.

Par exemple, en 2019, en collaboration avec les fondations Ernst Göhner Stiftung, Gebert Ruef Stiftung et Stiftung Mercator Schweiz, la Fondation Lombard Odier a soutenu une ambitieuse étude intitulée « Faire mieux plus efficacement : Mesurer et améliorer la vitalité philanthropique dans la région Lémanique ». ¹⁰² Les conclusions de ce rapport comprenaient entre autres la nécessité d'une harmonisation réglementaire entre les cantons ainsi qu'un manque de données à disposition sur les dépenses des fondations. Ces conclusions sont essentielles pour planifier le développement futur du secteur philanthropique.

À l'avenir, il serait idéal d'avoir une vision holistique des avoirs et des dépenses des fondations, ce qui offrira la possibilité d'avoir un impact encore plus important. En ligne avec cette conviction, la Fondation Lombard Odier, en plus d'allouer son capital conformément à sa charte d'investissement durable, a aussi décidé de soutenir des projets dans deux domaines très spécifiques. Premièrement, elle vise à permettre et promouvoir l'innovation financière pour les ONG et autres organisations à but non-lucratif par le biais de projets de finance novatrice avec des partenaires

tel le Comité International de la Croix-Rouge. Deuxièmement, la fondation souhaite soutenir la disponibilité des avancées en technologies de l'information pour le secteur, par le biais de projets «tech4good», avec le C4DT (Center For Digital Trust) à l'EPFL.

Pertinent pour la gestion d'actifs, il faut savoir que la Fintech est en train de révolutionner la déclaration et la divulgation des données ESG. Les facteurs ESG deviendront ainsi plus rentables et seront accessibles en temps réel, ou presque. Si les fondations développent également leurs compétences digitales, elles pourront aider à faire évoluer ce travail et garantir que ce qui est évalué soit particulièrement pertinent. Cela permettra une meilleure qualité d'information lors de prise de décision et augmentera encore les contributions des fondations au bien public – faisant ainsi bon usage de toutes les ressources de ces dernières.



Dr Maximilian Martin est Global Head of Philanthropy chez Lombard Odier Group, secrétaire général de la Fondation Lombard Odier et membre du conseil de fondation de la Fondation Philanthropia et de Womanity Foundation. Il est également le fondateur d'Impact Economy et professeur invité à l'Université de Saint-Gall.

Pas d'excuses !

Contribution spéciale de Simon Sommer

Sous le thème « Foundation for Future », SwissFoundations a ouvert l'automne dernier le débat sur la situation actuelle et les perspectives de développement pour le secteur des fondations. Dans le contexte de la crise du COVID-19, il est plus que jamais essentiel de réfléchir au rôle que le secteur entend jouer. Si les fondations veulent être prises au sérieux en tant qu'acteurs sociétaux, elles ne doivent pas hésiter à puiser maintenant dans leurs possibilités et dans leurs ressources – avec courage, créativité, avec de nouveaux instruments, et en s'investissant plus résolument que jamais.

Lorsque le milieu des fondations a appris qu'en 2020, plusieurs grosses fondations américaines ont levé des fonds étrangers en émettant des emprunts pour financer leurs activités liées au COVID-19, la nouvelle a suscité des débats houleux. Les réactions allaient d'une grande admiration à l'incompréhension totale¹⁰³. Le débat se poursuit¹⁰⁴.

En Suisse, la réaction de certains collègues ne s'est pas fait attendre : dans notre pays, point n'est besoin de mettre à disposition des moyens financiers supplémentaires, puisqu'à la différence des États-Unis, nous avons une sécurité sociale qui fonctionne, et il existe une complémentarité entre les tâches de l'État et celles sur lesquelles se concentrent les fondations. En un mot : l'État pourvoira. L'impératif actuel est de maintenir la pérennité des fondations sur le plan financier avec des défis de taille sur le marché.

Or, ce n'est pas l'attitude que les fondations ont intérêt à adopter par les temps qui courent. À la différence des acteurs étatiques, les fondations ont la possibilité de réagir prestement et de façon peu bureaucratique à une situation de crise. La pertinence de leur action ne tient pas seulement à la pérennité des ressources financières. L'important, en temps de crise aiguë, est de ne pas se cantonner dans un rôle de spectateur passif. En 2020, la Jacobs Foundation a puisé dans ses réserves et a doublé le montant du soutien accordé (passé de 32 millions [2019] à 64 millions de francs suisses [2020]) par rapport à l'année précédente.

Il existe plusieurs solutions pour conserver la capacité d'agir sur le plan financier en temps de crise. Point n'est besoin d'émettre des emprunts comme certaines grandes fondations aux États-Unis. Le financement par des fonds étrangers et les financements relais sous forme d'hypothèques ou de crédits sur compte courant, instruments classiques pour lever des liquidités supplémentaires, sont actuellement disponibles à bon compte sur les marchés financiers. Cela vaut aussi pour les fondations. Et pourquoi ces dernières ne prendraient-elles pas leur courage à deux mains pour utiliser des instruments de financement (du moins partiellement) orientés vers le bénéfice ? Pourquoi les fondations sont-elles si peu nombreuses à investir dans les « jeunes pousses » qui mettent en œuvre des solutions

commerciales astucieuses pour relever les défis de notre temps ? De tels investissements permettraient peut-être même, à terme, de produire des ressources supplémentaires affectables à des activités de soutien.

Chez SwissFoundations, cela fait déjà longtemps qu'une réflexion a lieu sur des thèmes tels que les placements à impact ou des modèles de soutien entrepreneuriaux. Et ce alors même que ces thèmes restent un point critique aux yeux de beaucoup de fondations suisses – non sans raisons, puisqu'ils soulèvent d'importants problèmes sous l'angle du droit de l'utilité publique. Dans ces domaines, nous ne bénéficions malheureusement pas encore d'une sécurité juridique suffisante. À plus forte raison, en période de crise, le moment est venu d'instaurer cette sécurité juridique et d'avoir le courage et la bonne volonté nécessaires pour trouver une issue au dilemme entre maintien de la valeur du patrimoine et impact.

Nous n'avons plus d'excuses. Alors qu'il s'agit en 2021 de surmonter la crise du COVID-19, nous perdrons beaucoup de notre crédibilité si notre secteur ne parvient pas à assumer sa responsabilité sur le plan financier d'une manière perceptible et visible pour le public.



Simon Sommer est co-CEO de la Jacobs Foundation. Avant d'entrer à la Jacobs Foundation en 2006, il a travaillé à Hanovre auprès de la fondation Volkswagen, la plus grosse institution privée d'Allemagne active dans la promotion de la recherche, et il a été consultant chez McKinsey à Berlin.

IV. THÈMES ET TENDANCES

La pandémie met les fondations en demeure de réagir rapidement aux besoins liés à la crise des partenaires qu'elles soutiennent. Durant ces derniers mois, le secteur – et c'est aussi en partie le mérite des autorités de surveillance – a su se montrer flexible et à l'écoute des organisations partenaires, et en contact étroit avec elles il a su identifier et combler les lacunes de l'assistance en temps de crise.

Cette diversité et cette flexibilité se reflètent également dans les modèles de fondations. Alors que le modèle de la fondation abritante se découvre de nouvelles potentialités dans le contexte actuel de crise, la technologie de la blockchain et son application au modèle de la fondation en Suisse font naître de nouvelles structures décentralisées.

La fondation développe son organisation et ses activités en fonction des exigences du moment. C'est tout le propos du Swiss Foundation Code, qui s'adapte lui aussi à son époque. Dans la nouvelle édition revue et corrigée de 2021, il fait expressément de la responsabilité sociale le quatrième principe qui inspire le Code.

Prendre en considération le contexte sociétal – Un nouveau principe dans le Swiss Foundation Code 2021

Contribution d'auteur du Prof. Dr Georg von Schnurbein

Dans sa première édition de 2005, le Swiss Foundation Code définissait les trois principes fondateurs d'une bonne gouvernance des fondations : réalisation du but de la fondation, transparence, et checks and balances.

Ces trois principes n'ont rien perdu de leur actualité. Les trois thèmes auxquels ils se réfèrent ont bien au contraire fait l'objet d'une attention particulière ces dernières années. Dans plusieurs affaires judiciaires, parfois spectaculaires, des aspects des checks and balances étaient en cause, notamment s'agissant de l'équilibre des pouvoirs au conseil de fondation et de la manière de gérer les conflits d'intérêt. Tant les milieux politiques que certains acteurs de la société civile ont exigé davantage de transparence de la part des fondations, en ce qui concerne tant l'origine des fonds que leur utilisation. L'impact enfin est devenu un sujet majeur qui intéresse non seulement la poursuite du but de la fondation, mais aussi et de plus en plus la politique de placement. L'édition 2015 caractérisait la fondation comme une unité d'impact, dans laquelle toutes les activités participent à l'accomplissement du but. Sur les marchés financiers également, les choses bougent dans la mesure où les critères ESG et les placements à impact sont désormais entrés dans le répertoire standard de la gestion de fortune.

Un principe de plus

La nouvelle édition du Swiss Foundation Code 2021 s'enrichit d'un nouveau principe qui a trait à une question éminemment actuelle. Le principe de la responsabilité sociétale souligne la fonction particulière qu'est appelée à jouer la fondation en tant qu'organisation privée poursuivant des buts sociétaux.

Ces dernières années, le secteur des fondations a connu d'importantes mutations. Près de la moitié des fondations actuelles ont vu le jour depuis l'an 2000 ; la plupart n'ont donc pas vingt ans. À la différence d'autrefois, les fondations sont le plus souvent constituées du vivant du fondateur et sont donc façonnées par ce dernier. L'avantage est que le but de la fondation peut alors être réalisé au plus près des idées du fondateur. Cependant, il ne faut pas que le fondateur assume un rôle trop dominant, car la fondation est après tout indépendante, y compris du donateur.

La société elle aussi est en proie à de profondes mutations. Sur le plan démographique, technologique et environnemental, partout des changements se dessinent.

Alors que la société porte sur la mondialisation économique un regard de plus en plus critique, des problèmes sociétaux tels que les migrations, le changement climatique ou la pandémie de COVID-19 ne sont plus guère considérés comme des phénomènes locaux ou nationaux, mais comme engageant la planète entière.

Les fondations ne sont pas un monde à part

Les trois premiers principes du Swiss Foundation Code expriment que les fondations se conçoivent comme des organisations tournées vers l'action. La transparence, l'impact, l'équilibre des pouvoirs présupposent de la part des fondations une réflexion en amont portant sur leur but, le patrimoine dont elles disposent et la manière d'accomplir leur but. Cependant, elles doivent également être attentives à la société dans laquelle elles évoluent. Les fondations ne sont pas des mondes à part, elles font partie intégrante de la société sur laquelle elles entendent avoir un impact. Une bonne compréhension de la manière dont évolue la société et une stratégie en découlant pour l'engagement de la fondation sont essentielles pour une bonne gouvernance.

Le but de la fondation prime sur tout le reste. Cependant, des aspects comme une composition plurielle du conseil de fondation, l'application de critères durables ou orientés vers un impact lors du placement de la fortune, ou encore un usage responsable des ressources (de la fondation comme de la société) doivent pouvoir être mis en œuvre indépendamment du but de la fondation, pour autant que les prescriptions fixées par le fondateur, les structures internes et la composition du patrimoine le permettent.

En 2005, des principes tels que la transparence et l'impact représentaient un grand défi pour le secteur des fondations. Pour leur mise en œuvre, on ne pouvait pas s'en remettre à des lois et ordonnances ; chaque fondation devait décider pour elle-même comment les appliquer. Il en va de même aujourd'hui pour le principe nouveau de la responsabilité sociétale. Le Swiss Foundation Code ne prescrit pas aux fondations comment assumer leur responsabilité sociétale. Mais le fait même de poser ce principe

indique clairement que la bonne gouvernance est une nécessité à laquelle les fondations doivent se confronter.

Une réglementation évolutive

Le Swiss Foundation Code a pour fonction de faciliter la direction des fondations au quotidien. C'est pourquoi le Code a besoin d'être mis à jour périodiquement. La quatrième édition a été, une fois de plus, le fruit d'un processus à plusieurs étapes visant à inclure les développements récents et les propositions d'amélioration. Des auditions ont eu lieu à Bâle, Berne, Genève et Zurich, auxquelles ont été invités des praticiens, des experts, des représentants d'autorités de surveillance et des autorités, afin d'apporter leurs estimations et leurs observations. Le code a ensuite été révisé par les auteurs et par un groupe de travail qui s'est penché sur la partie Finances. Enfin, tous ont été invités à prendre position sur le manuscrit final. Cette dernière étape a de nouveau fait surgir de précieux commentaires.

Les deux grands changements apportés ont été l'adjonction du quatrième principe mentionné plus haut et la suppression de la recommandation 29 « Transparence dans la gestion financière ». Cette suppression a été décidée dans la mesure où les contenus sont déjà couverts par le principe de la transparence. Les passages importants ont été insérés à d'autres endroits. Pour le reste, la nouvelle édition aborde des aspects multiples et abonde en informations utiles pour le travail des conseils et des directions des fondations.

Les quatre principes du Swiss Foundation Code

Premier principe :

La réalisation du but de la fondation

La fondation réalise son but de façon aussi efficiente et efficace que possible.

Deuxième principe : Checks and Balances

Par des mesures organisationnelles appropriées, la fondation veille à maintenir un rapport équilibré entre conduite et contrôle dans toutes les décisions et processus importants.

Troisième principe : Transparence

La fondation entretient le plus haut degré possible de transparence concernant ses fondements, ses objectifs et ses activités.

Quatrième principe : La responsabilité sociétale (NOUVEAU)

La fondation s'organise et déploie son action conformément aux exigences de son époque.

Les fondations sont tenues de respecter le droit contraignant de tous les États où elles opèrent. Cela vaut aussi pour les obligations administratives d'apparition récente découlant de bases légales autres que le droit des fondations, telles que la législation sur le blanchiment d'argent, la protection des données ou l'échange automatique de renseignements. Cependant, la responsabilité sociétale des fondations ne se limite pas au respect du droit en vigueur. Les fondations ne sont pas un monde à part. Elles font partie intégrante de la société sur laquelle elles entendent avoir un impact. C'est pourquoi elles sont conscientes de ce que les changements sociétaux et les nouveaux impératifs – par exemple en matière de protection de l'environnement, de migrations ou de diversité – impliquent pour l'objet de leur fondation. Elles font entrer dans leurs activités de financement et leur organisation des considérations nouvelles ou prévisibles, d'ordre culturel, environnemental, politique, juridique, économique ou technique. Lorsqu'elles mènent une action politique au sens large, le principe de l'utilité publique attaché au statut de fondation leur interdit de poursuivre un quelconque intérêt particulier – à la différence d'une organisation politique telle qu'un parti.

La réponse des fondations suisses aux défis du COVID-19 – Trois initiatives abritées par Swiss Philanthropy Foundation

Contribution spéciale de Sabrina Grassi

La pandémie a confronté les acteurs philanthropiques à des défis inédits, tels que celui de devoir s'adapter ou mettre en place rapidement une organisation et des structures adéquates, flexibles et efficaces pour répondre aux nouveaux besoins qui ont surgi. La fondation abritante est à même de mobiliser une infrastructure et une expertise déjà existantes pour agir vite. En 2020, Swiss Philanthropy Foundation (SPF) a lancé, ou a été approchée pour déployer sous son ombrelle, trois fonds d'urgence manifestant les facteurs déterminants d'agilité, de savoir-faire et de collaboration.

Défis nouveaux et nouvelles opportunités ont marqué l'année 2020. Les nouveaux défis sont ceux que la pandémie de COVID-19 a posés ou a permis de révéler à la communauté internationale et aux populations vulnérables. Les nouvelles opportunités sont celles qui ont émergé de la nécessité d'adapter les mécanismes de solidarité et de la réactivité de nombreux esprits imaginatifs. La philanthropie a toujours dû faire face aux besoins, mais l'année 2020 a montré que des structures flexibles et personnalisées sont souvent nécessaires pour mettre en œuvre des initiatives philanthropiques spécifiques et répondre rapidement à des besoins nouveaux. Swiss Philanthropy Foundation a eu l'opportunité d'organiser et héberger trois fonds d'urgence aux profils différents qui illustrent la palette d'outils et de compétences que la fondation abritante peut rapidement mettre à disposition des philanthropes, particuliers ou fondations, désireux d'agir.

Un premier exemple est le *COVID-19 Solidarity Response Fund*, fonds de solidarité créé à la demande de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) et hébergé par la Fondation des Nations Unies et SPF. Face à l'urgence de la pandémie naissante en février 2020, et en attendant de créer sa propre structure, l'OMS avait besoin d'un véhicule prêt à recueillir des dons à l'échelle mondiale qui soit opérationnel en seulement trois semaines. C'est pourquoi l'OMS a approché SPF qui était à même d'ouvrir un fonds abrité et d'apporter son expertise administrative en traitement des dons et *due diligence*. De plus, en sa qualité de représentant suisse du réseau *Transnational Giving Europe*, SPF a pu associer ses vingt partenaires européens à l'initiative et assurer une collecte de dons efficace pour toute l'Europe. L'élan de solidarité a été de grande envergure et d'une rapidité surprenante, représentant un défi quotidien pour l'équipe de SPF : en tout, ce sont 241 millions de francs provenant de 659 000 donateurs, entreprises, fondations et nombreux particuliers, qui ont été donnés depuis l'Europe et la Suisse, mais aussi à travers le monde grâce au partenariat avec la

Fondation des Nations Unies. L'utilisation des dons récoltés fait l'objet de rapports d'impact que nous publions régulièrement sur notre site. Une fois de plus, la pertinence des collaborations transnationales a été confirmée, en particulier du partenariat européen auquel SPF participe depuis plus d'une douzaine d'années.

Le *COVID-19 Solidarity Response Fund* a même joué un rôle d'accélérateur technologique, nous poussant à anticiper de plusieurs mois le lancement d'une plateforme européenne de dons en ligne. La collecte de dons à grande échelle en faveur d'une institution n'est pas notre mission habituelle de fondation abritante, mais face à une situation et demande exceptionnelles, nous avons su nous adapter pour y répondre rapidement et de manière efficace durant une période de temps déterminée, ce qui nous a permis aussi d'explorer un nouveau champ d'activités et d'innover.

Le second exemple de fonds d'urgence hébergé par SPF est le *Verbier Festival Emergency Relief Fund*. À fin mars 2020, avec l'arrêt des activités culturelles, de nombreux musiciens et professionnels du secteur se sont retrouvés subitement sans revenus et souvent sans filet de sécurité sociale. Sans aide, ces personnes risquaient de plonger dans une précarité ne leur permettant plus d'assurer leurs besoins essentiels (alimentation, médicaments, loyer). Face à cette situation, la Fondation du Verbier Festival a décidé d'aider les plus démunis d'entre eux et s'est tournée vers SPF pour créer un fonds abrité spécifique recueillant les dons des mécènes. Il fallait non seulement mettre en place ce fonds, mais aussi disposer des compétences adéquates pour distribuer un grand nombre d'aides individuelles.

SPF a pu mettre à disposition son expérience pour gérer et traiter pas moins de 300 aides individuelles au cours des neuf derniers mois. Alors que SPF finance traditionnellement des organisations d'utilité publique, nous avons adapté nos processus pour administrer ces soutiens indivi-

duels qui requièrent des mécanismes différents de diligence et de suivi. La réussite de ce partenariat tient à l'implication de la Fondation du Verbier Festival et à sa connaissance des bénéficiaires. Ce fonds d'urgence illustre la réalité d'un secteur, la culture, que la philanthropie connaissait bien, mais dont la demande s'est soudainement modifiée en aide d'urgence pour des besoins de base. Les acteurs philanthropiques, confrontés à cette demande nouvelle, ont dû adapter leurs soutiens et disposer rapidement de structures et de savoir-faire afin de garantir la survie même du secteur.

Enfin, la dernière illustration d'engagement face au COVID-19 est interne, il s'agit du *Fonds d'aide rapide COVID-19*, créé à l'initiative du Conseil de fondation de SPF avec le souhait de fédérer des donateurs autour d'un soutien commun à des organisations non-gouvernementales (ONG). Dès les premières semaines de la pandémie, SPF a été confrontée aux appels à l'aide de nombreuses ONG partenaires de nos fonds thématiques qui, d'un jour à l'autre, se sont retrouvées en difficulté financière, voire menacées de disparition. Ces partenaires de terrain de longue date ont subi un double défi : d'une part une augmentation de la demande des populations bénéficiaires précarisées, et de l'autre une nette diminution de leurs ressources.

SPF, avec la collaboration de WISE philanthropy advisors, a donc mis en place un fonds d'aide rapide sur un principe de *matching funds* et a été rapidement rejointe par les donateurs de son réseau, fondations et particuliers, réunissant au total près de CHF 700000. Le *Fonds d'aide rapide COVID-19* a permis de soutenir vingt ONG dans huit pays sur une durée de trois à six mois, afin de leur permettre de payer au plus urgent (tels les salaires de leur personnel essentiel) et de passer de l'aide au développement à l'aide d'urgence des bénéficiaires (par exemple par la distribution de nourriture et de kits médicaux). Ainsi, grâce à cette action rapide, ces organisations de qualité, et avec lesquelles nous collaborons depuis des années, ont pu garder leurs collaborateurs expérimentés et soutenir plus de 33 000 bénéficiaires, atteignant 92% de l'objectif fixé. Ce fonds a mis en lumière non seulement que la pandémie n'a pas augmenté les besoins des populations bénéficiaires, mais aussi que les organisations qui aident peuvent elles-mêmes être mises en danger et nécessiter une aide spécifique.

La situation sanitaire 2020 a confronté certains acteurs philanthropiques à la nécessité de s'organiser en s'appuyant sur des structures et des compétences complémentaires afin de répondre rapidement aux nouveaux besoins des bénéficiaires. Face aux urgences résultant de la pandémie, SPF a confirmé la pertinence de son modèle de fonda-

tion abritante, un modèle à la fois souple et efficace qui agit comme véhicule entre les acteurs philanthropiques désireux de s'engager et les bénéficiaires. Nous avons pu mettre à disposition notre flexibilité et agilité, combinées à un cadre juridique, des ressources humaines et des compétences transversales pour absorber, organiser et agir rapidement avec des moyens adéquats. Le potentiel des collaborations, partenariats et réseaux a été déployé et a offert les complémentarités nécessaires pour créer de précieuses connexions et un effet de levier amplifiant le cercle vertueux de l'action philanthropique.



Sabrina Grassi est la directrice générale de Swiss Philanthropy Foundation et siège au comité directeur de Swiss-Foundations.

«La numérisation est un enjeu majeur auquel nous nous confrontons»

Entretien avec Dominique Favre, directeur, Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (As-So), par Aline Freiburghaus, directrice romande et Alexandrine Massot, project manager junior, SwissFoundations

En quoi la récente crise sanitaire a-t-elle eu un impact sur vos activités ?

L'As-So avait mis en place, depuis 2014, sa stratégie de numérisation, qui consistait à rendre disponibles à distance les informations sur les fondations, à équiper chaque collaborateur d'un ordinateur portable et à offrir la possibilité de télétravailler. Avant la crise de la COVID-19 nous avions déjà la volonté d'être flexible en matière informatique, ce qui a constitué un grand changement par rapport à nos méthodes précédentes. Grâce au basculement numérique entrepris, nous avons connu peu de changements du fait de la pandémie. En revanche, la crise a eu un impact important sur la durée du travail à domicile, qui a très rapidement été instauré à 100 % pour tous. Toutes nos séances internes ont été organisées par visioconférence. Il y a cependant toujours une permanence pour réceptionner et numériser le courrier reçu dans nos bureaux à Lausanne. Dans les relations avec les fondations, nous avons également été souples, en octroyant des délais supplémentaires. Enfin, le site internet (www.as-so.ch) est régulièrement mis à jour afin d'informer les fondations de l'évolution de la réglementation.

Quels sont les domaines dans lesquels vous avez fait preuve de davantage de flexibilité ?

Nous avons choisi d'être plus tolérants quant aux délais et à notre fonctionnement interne de rappels. En effet, nous avons été la première autorité de surveillance à prolonger jusqu'au 31 juillet 2020 les délais de remise des comptes annuels. Les fondations ont ainsi pu prendre le temps de se réunir afin d'adopter les comptes. Nous avons également recommandé aux fondations de permettre les décisions par voie de circulation. Cela a entraîné une demande importante de modifications des statuts, permettant aux fondations de faciliter, à l'avenir, la prise de décisions. Nous avons pu travailler de manière identique pour les décisions administratives et le contrôle des comptes, ce qui nous a permis de traiter efficacement les demandes reçues. Cependant, nous avons eu aussi moins de demandes, notamment en matière de création de fondations.

Constatez-vous un changement dans la manière de fonctionner des fondations dont vous assurez la surveillance ? De nouveaux questionnements ont-ils été soulevés durant l'année écoulée ?

Les questionnements majeurs étaient opérationnels et concernaient la signature des procès-verbaux, la transmission et l'échange de documents originaux ou de copies et la validité des séances de visioconférence. L'impossibilité pour les conseils de tenir des réunions en présentiel a eu un impact important sur les fondations et s'est traduite notamment par des demandes de délais supplémentaires. De nombreuses prolongations de délai ont été accordées pour l'envoi des comptes annuels, mais il n'y a pas eu d'autres conséquences. Nous avons fait preuve d'un certain pragmatisme.

La crise de la COVID-19 va-t-elle, selon vous, avoir un impact durable sur l'avenir du secteur philanthropique et la surveillance des fondations ?

Il est difficile de définir aujourd'hui les incidences réelles de la crise sur le secteur. C'est plutôt la crise économique qui risque d'avoir des conséquences sur la philanthropie et qui est susceptible de ralentir la création de fondations. Si la situation économique se détériore et que les rendements sont plus faibles, certaines fondations vont sûrement devoir remettre en question leur fonctionnement. Cela dit, il est trop tôt pour se positionner. À l'heure qu'il est, on ne sent pas nécessairement de la part des conseils de fondation une véritable volonté de modifier leur périmètre d'action. En revanche, de nombreuses interrogations et craintes sont survenues quant à leur fonctionnement interne et au risque de se réunir. Les visioconférences ont donc été mises en place, même dans des cas où les statuts ne l'autorisaient pas forcément. C'est pour cette raison que nous avons recommandé aux fondations de profiter de cette situation pour modifier leurs statuts et permettre une plus grande flexibilité de fonctionnement et une modernisation de leurs textes.

C'est plutôt la crise économique qui risque d'avoir des conséquences sur la philanthropie et qui est susceptible de ralentir la création de fondations.

Ces dernières années, des thématiques transversales, telles que le changement climatique ou la digitalisation, sont devenues incontournables. Des fondations, dont ce n'était pas le but initial, sont amenées à se positionner sur ces questions. Comment les autorités de surveillance traitent-elles cela ?

Nous avons deux secteurs de contrôles : les fondations classiques et la prévoyance professionnelle. Concernant la prévoyance professionnelle, la question des placements éthiques et socialement responsables devient importante au sein des conseils de fondation. En effet, la responsabilité et l'impact des investissements de la fortune prennent énormément d'importance. C'est également une stratégie de placement de vouloir travailler sur le long terme en respectant l'environnement. En revanche, pour les fondations classiques, les réflexions sur les placements responsables sont moins présentes.

On voit pourtant certaines fondations, dont ce n'est pas le but premier, s'intéresser à des thèmes tels que le climat, qui a des répercussions sur l'ensemble des domaines de la société. Que pensez-vous de cette volonté des fondations d'élargir leur champ d'action ?

Cela risque de poser un problème, car le droit suisse définit une fondation comme étant un capital attribué à un but précis. Si la fondation ne respecte plus ce but ou cherche à le faire d'une façon trop détournée, le rôle des autorités est de la « rappeler à l'ordre ». Un défi que les fondateurs rencontrent souvent lors de la constitution, c'est de trouver un équilibre pour définir les buts de manière précise, sans que ce ne soit ni trop large, ni trop restrictif, pour qu'ils restent en adéquation avec les besoins de la société.

Quels sont selon vous les principaux enjeux d'avenir pour la surveillance des fondations en Suisse ?

La numérisation est un enjeu majeur auquel nous nous confrontons. Nous réfléchissons actuellement à une plateforme où les fondations pourraient déposer les documents, leurs comptes, et nous y déposerions nos lettres et correspondances. Cependant, ce changement doit également s'opérer au sein des fondations, qui doivent numériser leurs pratiques. L'étape suivante serait d'arriver à une uniformisation des procédures de surveillance en Suisse romande.



Dominique Favre est directeur de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (AS-SO). Il est responsable de plus de 1 300 fondations classiques des cantons de Vaud et de Neuchâtel, de même que de 340 caisses de pension ayant leur siège dans les cantons du Valais, du Jura, de Neuchâtel et de Vaud. Les institutions soumises à surveillance représentent un patrimoine global de plus de 88 milliards de francs. Depuis 2013, Dominique Favre préside la Conférence suisse des autorités de surveillance cantonales LPP et des fondations.

Écosystèmes et fondations TRD

Contribution spéciale du Dr Thomas Müller

Jusqu'ici, la technologie de la blockchain (chaîne de blocs) ou des registres électroniques distribués (TRD; Distributed-Ledger-Technology, DLT) a été étudiée sous l'angle de ses aspects techniques et juridiques dans le contexte du droit des marchés financiers¹⁰⁵. Le classement des jetons cryptographiques (tokens) sous l'angle du droit civil et du droit des marchés financiers est chose faite. Il se fonde sur la fonction des tokens et sur le contenu des droits transférés par leur biais. Cependant la création et l'émission des tokens ne sont pas une fin en soi. Elles sont subordonnées à l'idée d'un projet, dont les champs d'application (les projets TRD) sont multiples et n'ont pas encore été étudiés ni catégorisés de façon définitive. Parmi toute la gamme des projets TRD, les plus saillants sont ceux où les participants coopèrent et interagissent en réseau par le biais d'une blockchain (écosystèmes TRD). Les bases, la participation, les tenants et les aboutissants des écosystèmes TRD n'ont pas encore été étudiés ; a fortiori, des travaux de recherche portant sur le rôle des fondations TRD au sein des écosystèmes TRD font défaut. Dans son rapport, le Conseil fédéral a au moins défini la notion d'écosystème et, s'agissant de projets TRD, il l'utilise dans un contexte économique, coopératif ou organisationnel¹⁰⁶. C'est là le point de départ des considérations qui suivent sur les écosystèmes et les fondations TRD.

Les projets TRD sont des projets dont les champs d'application créent pour les transactions une réalité nouvelle, novatrice et décentralisée, qui présuppose une certaine complexité dans la coordination entre participants désireux de créer de la valeur à leur profit. La création d'un projet TRD entraîne à chaque fois dans son sillage la constitution d'un écosystème TRD. Tout ceci se passe sur un arrière-fond fait de dimensions techniques, économiques et organisationnelles. Les nouvelles applications numériques modifient les possibilités économiques et créent un cadre nouveau pour la coopération économique.

L'internet avec sa technologie (Transmission Control Protocol, TCP et Internet Protocol, IP) est un réseau *peer-to-peer* qui permet l'échange décentralisé d'informations. Ces applications numériques permettent de créer des modèles de création de valeur fondés sur des plateformes gérées et contrôlées par une entreprise *leader* (p.ex. Walmart). Ces modèles, qualifiés d'*écosystèmes d'affaires*, se sont répandus ces dernières années dans tous les secteurs d'activité de l'industrie et des services. Dans la littérature scientifique, la notion d'écosystème d'affaires apparaît pour la première fois au début des années 1990¹⁰⁷ ; depuis lors, les études juridiques et économiques portant sur ce modèle foisonnent¹⁰⁸.

La TRD / blockchain inaugure un nouveau chapitre dans le domaine de l'automatisation numérique. La TRD est un réseau *peer-to-peer* fondé sur Internet. La technologie a été introduite en 2008 avec le bitcoin. Le bitcoin est la première application de la technologie blockchain. Les points communs entre la blockchain (TRD) et le TCP / IP sont évidents. De la même façon que le courriel permet l'échange bilatéral d'informations, la blockchain permet

de traiter des transactions entières de façon autonome. Ce nouveau développement technologique a marqué tant les conditions-cadres économiques et organisationnelles que les écosystèmes sous-jacents. Ce qu'il apporte de nouveau, c'est que des modèles et domaines d'affaires entiers peuvent être automatisés et décentralisés, et que demandeurs et offrants peuvent traiter leurs affaires, leurs transactions, leurs contrats directement et sans instance centrale. Dès lors, les écosystèmes TRD ne sont plus portés et promus par les intérêts de création de valeur d'une entreprise leader, mais exclusivement par les intérêts de création de valeur des participants à l'écosystème. Les milieux scientifiques commencent tout juste, timidement, à s'intéresser aux écosystèmes TRD, dans lesquels ils voient un développement ultérieur des écosystèmes d'affaires¹⁰⁹.

Dans les écosystèmes TRD, ce sont les participants qui sont désireux de créer de la valeur. Ce sont eux également qui se livrent, par l'intermédiaire de la blockchain, à des activités commerciales et administratives essentielles. L'écosystème TRD est de ce fait indépendant d'une entreprise leader qui impose une identité et une stratégie complète de création de valeur. Lorsque des activités commerciales ou administratives sont intégrées à la blockchain (*on-chain*), les mécanismes automatisés et décentralisés s'appliquent à l'ensemble de l'écosystème. Une gouvernance à l'échelon de l'écosystème est ainsi possible (*on-chain governance*).

Durant la phase de développement et de financement (et souvent encore pendant la phase d'exploitation de la blockchain), il existe, même dans les écosystèmes TRD, des tâches administratives qui ne peuvent être automatisées par l'intermédiaire de la blockchain. Dans ce domaine *hors*

chaîne (off-chain), l'écosystème TRD nécessite une unité de gestion qui se charge de ces tâches centrales. Contrairement à l'écosystème d'affaires où il y a dès le départ une entreprise leader qui impose une stratégie et un cadre réglementaire, dans le cas des écosystèmes TRD, il faut commencer par créer l'unité de gestion et le cadre réglementaire correspondant. Il existe dès lors une certaine liberté d'aménagement. De la même façon que les entreprises leaders dans l'écosystème d'affaires, les unités de gestion TRD exercent une influence sur l'ensemble de l'écosystème / du réseau. Or, les unités de gestion TRD ne sont pas à proprement parler des participants à l'écosystème TRD puisqu'elles ne poursuivent pas leurs propres intérêts de création de valeur. Dans un écosystème TRD, les activités liées à la gestion sont au service de l'écosystème et de ses participants, à la différence de l'écosystème d'affaires qui sert en premier lieu les intérêts de l'entreprise leader et de ses propriétaires. En se découplant des intérêts de création de valeur, les unités de gestion TRD exercent leur influence sur l'écosystème sans être mues par un intérêt économique propre. Du côté de l'unité de gestion TRD, il manque une orientation économique fondamentale propre à protéger également, par ricochet, les intérêts de création de valeur des participants, comme cela est le cas dans la plupart des écosystèmes d'affaires. L'interaction entre participants par l'intermédiaire du réseau échappe à la sphère d'influence de l'unité de gestion, et l'activité que les acteurs déploient sur les réseaux n'entraîne généralement aucune responsabilité pour l'écosystème (la responsabilité étant hors sujet) ni pour l'unité de gestion (faute d'une capacité d'influencer l'interaction). De ce fait, les interactions au sein d'un réseau sont régulièrement exclues du cadre réglementaire pour la gestion et le contrôle d'écosystèmes TRD.

L'écosystème TRD est libre dans la création et l'aménagement de l'unité de gestion de même que du cadre réglementaire, et dans la pratique, les unités de gestion TRD prennent des formes diverses – sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, associations et fondations. Aucune de ces formes juridiques n'est préférable en soi, puisque le choix de la forme est déterminé par les besoins propres à chaque écosystème TRD. Le choix de la forme juridique détermine par avance et règle des questions fondamentales relatives à la direction et au contrôle.

Les projets TRD sont indépendants d'une entreprise leader ; ils disposent (comme indiqué plus haut) d'une identité propre et se veulent indépendants. Idéalement, personne, que ce soit une entreprise leader, son propriétaire ou certains (voire tous les) participants à l'écosystème, ne doit

pouvoir exercer une influence sur le réseau. Ce désir d'indépendance a pour conséquence que tous les droits de contrôle et de propriété sont transférés à l'unité de gestion TRD (structure décentralisée du contrôle et de la propriété).

Les unités de gestion TRD concentrent un pouvoir considérable au sein de l'écosystème puisqu'elles peuvent agir dans l'ensemble de l'écosystème sans motivation économique intrinsèque (ni contrôle sur les prestations qui en découlerait), et qu'elles détiennent tous les droits de propriété et de contrôle. Ce pouvoir appelle un contrepois ; aussi le besoin d'une *protection efficace des participants* se manifeste-t-il régulièrement. Quant à la question du choix de la forme juridique à donner à l'unité de gestion TRD, l'aspect déterminant est le plus souvent le degré de décentralisation souhaité pour l'administration de la partie centrale de la gestion, de même que le degré d'efficacité qui peut être atteint dans la protection des participants.

La fondation comme forme juridique est le bon choix lorsque l'écosystème TRD souhaite une administration décentralisée non seulement du domaine de transaction *on-chain*, mais également du domaine *off-chain*, ainsi qu'une application systématique de l'approche décentralisée. Les fondations peuvent travailler sans avoir à produire des bénéfices et n'ont pas à servir les intérêts de leurs propriétaires (utilité publique) ; elles peuvent ainsi garantir que les avantages du fonctionnement en réseau profitent à ses participants, et que le réseau n'est pas exposé à l'influence d'une unité de gestion contrôlée par le propriétaire (*toute influence externe au réseau est évitée*). De même, le choix de la fondation comme forme juridique répond souvent au désir de voir le réseau géré indépendamment de tel ou tel de ses participants (*toute influence interne au réseau est évitée*).

À l'intérieur de l'écosystème TRD, la fondation TRD, comme indiqué plus haut, joue un rôle subalterne en ce sens qu'elle décharge l'écosystème des tâches qui ne peuvent pas être automatisées au sein de la blockchain. Le programme de la fondation est donc lié au développement de la technologie pendant la phase de développement, puis à l'exploitation de la blockchain pendant la phase d'exploitation. Le *but de la fondation* contient le programme fonctionnel correspondant et est en règle générale conçu de façon à exclure toute activité extérieure au cadre fonctionnel formé par la fondation TRD et l'écosystème TRD comme étant incompatible avec le but. C'est donc par le biais du but de la fondation que sont régulièrement créées les tâches et les activités de la fondation allant de pair avec les droits de contrôle et de propriété transférés sur une large échelle.

La protection institutionnelle des participants a généralement une portée qui va au-delà de la détermination programmatique de l'activité de la fondation par le but de la fondation. Les fondations TRD instituent le plus souvent un organe de surveillance qui contrôle l'activité de la fondation et le conseil de fondation, et qui représente l'écosystème TRD au conseil de fondation. L'organe de surveillance prend connaissance des candidatures au conseil de fondation proposées par l'écosystème, mène la procédure de sélection et d'élection selon les règles de bonne gouvernance généralement applicables et a pouvoir, sur demande dûment justifiée, d'élire, révoquer ou ne pas réélire un membre du conseil de fondation.

La numérisation fait naître des formes toujours nouvelles de collaboration et de valeur ajoutée, et la recherche étudie de près le cadre juridique et économique dans lequel elles se déploient. La particularité et le défi propre aux écosystèmes TRD tiennent à ce que, du fait de la nature de ces modèles de coopération, il est nécessaire de créer une unité de gestion, un cadre réglementaire correspondant et un bon équilibre avec les intérêts des participants. Les possibilités d'aménagement sont multiples et l'existence d'un système juridique stable, libéral et flexible est déterminante, de façon générale et plus particulièrement pour le choix du lieu d'implantation. Ces considérations amènent régulièrement les écosystèmes TRD à établir leurs fondations en Suisse.



Titulaire d'un doctorat en droit, M^e Thomas Müller est partenaire de MME Legal | Tax | Compliance dont il dirige l'équipe Fondations. Celle-ci accompagne les projets nationaux et internationaux des fondations en rapport avec les secteurs *blockchain* / TRD, successions / droit successoral, philanthropie/*non profit*, *green tech*, prévoyance professionnelle / LPP / fondations de placement et fondations d'entreprises, en matière de droit, de fiscalité et de compliance.

NOTES DE FIN

- 1 Jakob Dominique / Eichenberger Lukas / Kalt Michelle / Savanovic Ivana / Studhalter Laura / Trajkova Renata, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2020, njus.ch, Berne 2021 (à paraître au début de l'été 2021).
- 2 Initiative parlementaire et état actuel des travaux, consultables sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20140470>
- 3 14.470 IV.PA. Werner Luginbühl. Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations – Synthèse des résultats de la procédure de consultation, 4, consultable sous <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassungsergebnisse-14-470-f.pdf>
- 4 Communiqué de presse du 4 septembre 2020, consultable sous <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2020-09-04.aspx>
- 5 Communiqué de presse du 4 septembre 2020, consultable sous <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2020-09-04.aspx>
- 6 Initiative parlementaire « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations » Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 22 février 2021, consultable sous <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/485/fr>
- 7 Code civil (Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations) (Projet) FF 2021 486s
- 8 RO 2020 851.
- 9 RO 2020 1233.
- 10 EJPD, FAQ Coronavirus et assemblées générales du 15 décembre 2020, 9 s., consultable sous <https://www.bj.admin.ch/dam/ejpd/fr/data/aktuell/news/2020/2020-03-06/faq-gv-f.pdf>
- 11 EJPD, FAQ Coronavirus et assemblées générales du 15 décembre 2020, 1, consultable sous <https://www.bj.admin.ch/dam/ejpd/fr/data/aktuell/news/2020/2020-03-06/faq-gv-f.pdf>
- 12 Confirmation donnée expressément par l'Office fédéral de la justice suite à la question posée par SwissFoundations, voir le site de SwissFoundations, consultable sous <https://www.swissfoundations.ch/fr/actualites/conseil-de-fondations-reunions-virtuelles/>
- 13 Site de la SFF, consultable sous <https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/eidgenossische-stiftungsaufsicht.html>
- 14 Décision du Conseil d'Etat du canton de Zurich No. 817/2020, consultable sous <https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2020/817/RRB-2020-0817.pdf>
- 15 Sur l'ensemble, voir Entwurf zum Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG) und Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 26. August 2020, 1, 4, consultable sous https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2020/817/5646_G_BVG_Stiftungsaufsicht_ZGB_Aend.pdf
- 16 Sur l'ensemble, voir Entwurf zum Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG) und Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 26. August 2020, 1, 4, consultable sous https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2020/817/5646_G_BVG_Stiftungsaufsicht_ZGB_Aend.pdf
- 17 Version adoptée le 19 juin 2020, FF 2020 5409, 5468 ss
- 18 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 11 septembre 2020, consultable sous <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html>
- 19 Pour le libellé des nouvelles dispositions, voir le texte du vote final Code civil suisse (droit des successions) Modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9617, 9618
- 20 Pour le libellé des nouvelles dispositions, voir le texte du vote final Code civil suisse (droit des successions) Modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9617, 9618
- 21 État actuel des travaux consultable sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20170059>
- 22 Pour le libellé des nouvelles dispositions, voir le texte sur lequel a porté le vote final, FF 2020 7397ss
- 23 Motion et état actuel des travaux, consultables sous <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20144285>
- 24 Sur l'ensemble, voir le Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions) du 13 mars 2020, FF 2020 3215, 3216 s
- 25 Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions). Synthèse des résultats de la consultation du 22 janvier 2020, 4 ss, consultable sous <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-03-13/ve-ber-f.pdf>
- 26 Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions) du 13 mars 2020, FF 2020 3216 ss
- 27 Message concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, 5293.
- 28 Message concernant la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 26 juin 2019, FF 2019 5237, 5293.
- 29 Objet et état actuel des travaux, consultables sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20190044>.
- 30 Dépêche ATS du 15 décembre 2020, consultable sous https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2020/20201215102306045194158159038_bsd073.aspx.
- 31 Bulletin officiel 2020 Conseil national <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=51792> Bulletin officiel 2020 Conseil des États <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=52177>
- 32 Sur l'ensemble, voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 11 novembre 2020, consultable sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-81079.html>.
- 33 RO 2019 2395 ss
- 34 Cf. le communiqué de presse du Conseil fédéral du 14 juin 2019, consultable sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-75417.html>.
- 35 Motion et état des travaux consultables sous <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20204162>.
- 36 Motion traitée par la commission chargée de l'examen préalable du Parlement cantonal de Saint-Gall 22.20.09 «XVIII. Nachtrag zum Steuergesetz»: «Abgrenzung zwischen gemeinnütziger und politischer Tätigkeit bei der Steuerbefreiung juristischer Personen».
- 37 Concernant les conditions, voir Publication de la pratique AFC, consultable sous <https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/sectorInfos/cipherDisplay.xhtml?componentId=1597043&publicationId=102197&lang=de&cipherKeyDate=01.01.2021&invokedByChanges=true&invokedByHistory=true>.
- 38 Info-TVA 20, Pratiques de l'AFC: Applicabilité temporelle, 2.4.2, consultables sous <https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/taxInfos/cipherDisplay.xhtml?publicationId=1023907&componentId=1023979>
- 39 Eckhardt Beate/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg (éds.), Rapport sur les fondations en Suisse 2020, CEPS Forschung und Praxis, vol. 21, Bâle 2020, 21 s
- 40 Arrêt HGer ZH HG170257-O du 6 décembre 2019
- 41 Jakob Dominique / Trajkova Renata, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 116/2020, 705 ss., 707; Jakob Dominique / Eichenberger Lukas / Kalt Michelle / Trajkova Renata / Walter Fabienne, Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2019, Berne 2020, 45 ss.; Eckhardt Beate / Jakob Dominique / von Schnurbein Georg (éds.), Rapport sur les fondations en Suisse 2020, CEPS Forschung und Praxis, volume 21, Bâle 2020, 21 s
- 42 Consid. 3.2
- 43 Arrêts 6B_908/2015, 6B_846/2015 du 31 mars 2016.
- 44 Consid. 5.
- 45 Consid. 6.3.
- 46 Consid. 10.3.
- 47 Consid. 6.3.
- 48 Arrêt 2C_1059/2014 du 25 mai 2016 Consid. 6.3.1 ss
- 49 Consid. 6.6.
- 50 Consid. 6.6.
- 51 Renvoi à l'arrêt commenté plus haut Arrêt 2C_46/2020 du 2 juillet 2020 Consid. 5.
- 52 Consid. 7.3.
- 53 Consid. 7.4.
- 54 Cf. Consid. 4.2, 6.3 s.
- 55 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1059/2014 du 25 mai 2016 Consid. 6.3.3.
- 56 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_385/2020 du 25 juin 2020.
- 57 Jakob Dominique/Trajkova Renata, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 116/2020, 705 ss., 705 s.
- 58 Consid. 5.3.2.
- 59 Consid. 5.3.4.
- 60 Consid. 5.2.4.
- 61 Consid. 5.4.2.
- 62 Consid. 5.2.3.
- 63 Code civil (Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations) (Projet), 22 février 2021, FF 2021 486 s
- 64 Communiqué de presse CAF-E, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2020-09-04.aspx>
- 65 Procédure de consultation, Prises de position des cantons, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/vernehmlassung-14-470-stellungnahmen-kantone.pdf>

- 66** Si on se fonde sur le Rapport du 6 août 2020 14.470 Iv.Pa. Luginbühl Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, 11, <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassungsergebnisse-14-470-f.pdf>, on constate qu'UR est compté parmi les cantons rejetant la proposition, puisqu'UR s'est rallié à la prise de position de l'autorité de surveillance LPP et des fondations pour la Suisse centrale du 31 janvier 2020. Comme celle-ci n'est cependant pas publiée, la position du canton d'Uri ne peut pas être établie directement.
- 67** La Synthèse des résultats fait état à la page 11 de 21 cantons opposés à cette mesure, AR étant par erreur compté parmi les cantons opposés, cf. la prise de position du canton d'AR, 1 (10)
- 68** Pour les propositions de modification des cantons, voir la Synthèse, 12 s
- 69** Une fois de plus, la Synthèse ne dresse pas un tableau complet. Elle se contente d'affirmer en résumé que 10 cantons approuvent la modification, 12 la critiquent et cinq la rejettent. Cf. la Synthèse des résultats, 6 s
- 70** Cela est dit explicitement dans les prises de position d'AI, BE, BL, FR, GL, GR, JU, LU, NE, OW, SG, SZ, TI, VD, ZG.
- 71** Synthèse des résultats, 6 s
- 72** La remarque concernant le canton d'UR s'applique également ici (renvoi à la prise de position non publiée de l'autorité de surveillance LPP et des fondations pour la Suisse centrale du 31 janvier 2020).
- 73** Ce n'est pas clair dans la Synthèse des résultats, 8 s
- 74** La remarque concernant le canton d'UR s'applique également ici (renvoi à la prise de position non publiée de l'autorité de surveillance LPP et des fondations pour la Suisse centrale du 31 janvier 2020).
- 75** Cf. Initiative parlementaire « Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations » Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 21 novembre 2019, 13, <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-rk-s-14-470-f.pdf>
- 76** Synthèse des résultats, 8 s
- 77** En résumé Synthèse des résultats, 13 s
- 78** Dans la Synthèse des résultats, 10, le TI figure dans l'énumération, ce que ne justifie pas sa prise de position, 3 (91)
- 79** Synthèse des résultats, 16 s. Une « indemnisation appropriée » avait également été revendiquée dans l'initiative parlementaire. L'avant-projet a introduit, intentionnellement ou non, un critère qui va plus loin, la « conformité au marché ».
- 80** Que l'on considère par exemple l'art. 84a CC adopté le 19 juin 2020 dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes.
- 81** FF 2013 1981 ss
- 82** Pour un examen plus approfondi, voir Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2013 II, 185 ss, 205 ss
- 83** Pour plus de détails, voir Jakob Dominique, ZSR 2013 II, 185-340
- 84** CEPS (Centre d'études de la philanthropie en Suisse de l'Université de Bâle), GCP (Centre en Philanthropie de l'Université de Genève) et Zfs (Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich).
- 85** Publié dans Jusletter: Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Jusletter du 20 avril 2020, consultable sous https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1020/reformen-im-stiftung_6b21a4ba23.html
- 86** Cf. Jakob Dominique, ZSR 2013 II, 185-340
- 87** Sur l'ensemble, on trouvera une présentation détaillée dans Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Jusletter du 20 avril 2020, no 8 ss
- 88** ATF 120 II 374, consid. 4a
- 89** Voir la contribution de Jakob Dominique / Trajkova Renata dans le présent volume ; parmi d'autres instituts qui ont émis un avis favorable, on trouve le CEPS, le GCP, le Zfs, de même que les organisations Economiesuisse, Treuhand Suisse, l'Union des villes suisses, SwissFoundations et proFonds.
- 90** Voir Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Jusletter du 20 avril 2020, no 14
- 91** Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Jusletter du 20 avril 2020, no 43 (avec des références supplémentaires)
- 92** Voir p.ex. les prises de position du CEPS, de proFonds, de même que de Treuhand Suisse et d'INSOS, tous d'accord pour estimer qu'il existe un besoin accru de membres de conseils de fondation de plus en plus qualifiés, attente qui tranche avec l'image traditionnelle qu'on se fait de l'activité bénévole.
- 93** Voir la contribution de Jakob Dominique / Trajkova Renata dans le présent volume.
- 94** Jakob Dominique, Die Schweizer Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Entwicklungen, in: Eckhardt Beate / Sprecher Thomas (éds.), Beste Stiftungsrats-praxis – Welche Aufsicht haben und welche brauchen wir ?, Zurich 2019, 7 ss
- 95** FF 2016 4665 ss, cf. également : Projet de loi fédérale sur les tâches, l'organisation et le financement de l'Autorité fédérale de surveillance des fondations (LASF) Rapport explicatif du DFI du 2 mars 2016, consultable sous <https://www.newsadmin.ch/newsd/message/attachments/43394.pdf>
- 96** Jakob Dominique, Die Schweizer Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Entwicklungen, 7 ss
- 97** Voir la contribution de Jakob Dominique / Trajkova Renata dans le présent volume.
- 98** Cette position a été émise entre autres par le Zfs, le CEPS, le GCP, ainsi que les associations SwissFoundations et proFonds, qui soutiennent sans réserve la proposition, et qui soulignent qu'une telle disposition éliminerait une pratique inappropriée sans pour autant ouvrir la porte à une action populaire accessible à tout un chacun.
- 99** Jakob Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Jusletter du 20 avril 2020, no 48
- 100** Sur l'ensemble, voir Opel Andrea, Zeit für Veränderungen im schweizerischen Gemeinnützigkeitssteuerrecht, Zeitschrift für das Recht der Nonprofit Organisationen (npoR) 2017, 240 ss ; Opel Andrea, Ehrenamtlichkeit als Voraussetzung der Steuerbefreiung – ein alter Zopf?, Steuer Revue (StR) 2019, 84 s.
- 101** Sur l'ensemble de la question, voir : CEPS / Globalance Bank (2020): Vermögensverwaltung und Nachhaltigkeit bei Schweizer Stiftungen, https://ceps.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ceps/5_Praxistransfer/Impact_Investing/Vermögensverwaltung_und_Nachhaltigkeit_bei_Schweizer_Stiftungen.pdf ; CEPS / Banque alternative suisse (2020): Investir en créant de l'impact: un guide pour les fondations, https://www.bas.ch/fileadmin/absch/25_Themen_Positionen/FR/Investir_en_creat_de_l_impact_Web.pdf ; Le Rapport Benchmark 2020 complet n'est accessible qu'aux membres de de SwissFoundations qui ont participé à l'enquête. On trouve les principales statistiques sur le site de SwissFoundations : <https://www.swissfoundations.ch/fr/actualites/benchmark-2020/>
- 102** Doing Better, More Efficiently: Measuring and Enhancing Philanthropic Vitality (philanthropic-vitality.ch)
- 103** <https://www.alliancemagazine.org/analysis/ford-foundations-plan-to-issue-debt-intriguing-for-its-novelty-though-not-ready-to-be-replicated-globally/>.
- 104** https://ssir.org/should_foundations_increase_their_payouts_during_big_crises.
- 105** Voir notamment le Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018, Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse. État des lieux avec un accent sur le secteur financier, <https://www.newsadmin.ch/newsd/message/attachments/55151.pdf>.
- 106** Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018, Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse. État des lieux avec un accent sur le secteur financier, <https://www.newsadmin.ch/newsd/message/attachments/55151.pdf>, 35
- 107** Moore James F., Predators and Prey: A new Ecology of Competition, Harvard Business Review, 1993
- 108** Valdez-de-Leon Omar, How to Develop a Digital Ecosystem: a Practical Framework, Technology Innovation Management Review, 2019
- 109** Iansiti Marco / Lakhani Karim R., The Truth about Blockchain, Harvard Business Review, 2017

**V.
ÉTUDES
ET NOUVELLES
PARUTIONS
2020**

- Alternative Bank Schweiz / Center for Philanthropy Studies (éds.), **Mit Wirkung anlegen: Ein Leitfaden für Stiftungen**, Bâle / Olten 2020.
- Arnold Arnd / Burgard Ulrich / Droege Michael / Hüttemann Rainer / Jakob Dominique / Leuschner Lars / Rawert Peter / Roth Gregor / Schauhoff Stephan / Segna Ulrich / Weitemeyer Birgit, **Professorenentwurf zur Stiftungsrechtsreform 2020**, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), Beilage zu ZIP 10 / 2020, 1 ss
- Arnold Arnd / Burgard Ulrich / Jakob Dominique / Roth Gregor / Weitemeyer Birgit, **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 28.9.2020**, Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organsiationen (npoR) 6 / 2020, 294 s
- Bächli Bruno, **Nachlassplanung und Erbschaftssteuer**, Zurich 2020.
- Bechaalany Sarah / Gabellon Adrien, **La responsabilité du conseil de fondation envers l'institution de prévoyance**, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 1 / 2020, 101 ss
- Butterstein Alexandra, **Rechtsvergleichende Betrachtung der Errichtung einer Substiftung und des Trust Decanting**, Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ) 3 / 2020, 208 ss
- Fisher Philipp, **Réparation du dommage infligé à des biens culturels**, LawInside, 4 / 2020.
- Gabellon Adrien / De Oliveira Inès, **Les bénéficiaires des fondations de droit privé**, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 3 / 2020, 296 ss
- Gasser Johannes, **Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar**, 2^e éd., Vienne / Munich / Berne 2020.
- Gehringer Theresa, **Corporate Foundations as Partnership Brokers in Supporting the United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs)**, Sustainability, 12(18), 2020, 7820 ss
- Grüniger Harold, **Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide**, successio 2 / 2020, 134 ss
- 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. avril 2020 (réimpression dans Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organsiationen (npoR) 5/2020, 239 ss).
- Jakob Dominique, **Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland – Rechtsvergleichender Überblick**, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, vol. 5, 5^e éd., Munich 2021.
- Jakob Dominique / Eichenberger Lukas / Kalt Michelle / Savanovic Ivana / Studhalter Laura / Trajkova Renata, **Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2020**, njus.ch, Bern 2021 (à paraître à l'été 2021).
- Jakob Dominique / Eichenberger Lukas / Kalt Michelle / Trajkova Renata / Walter Fabienne, **Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2019**, njus.ch, Berne 2020.
- Jakob Dominique / Jakob Julia / Trajkova Renata, **Country Profile Switzerland**, in: Dafne-EFC Philanthropy Advocacy, 2020 Legal Environment for Philanthropy in Europe, 2021, consultable sous www.philanthropyadvocacy.eu.
- Jakob Dominique / Trajkova Renata, **Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht/Le point sur le droit des associations et fondations**, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 21 / 2020, 705 ss
- Jacquemet Guillaume, **Compensation of Nonprofit Board Members: A New End That Justifies the Means ?**, NORRAG special issue 04, New Philanthropy and the Disruption of Global Education, pp. 75-79
- Jaquet François / Cova Florian, **Beyond moral dilemmas: The role of reasoning in five categories of utilitarian judgment**, Cognition 209 / 2020.
- Kipfer-Berger Jonas / von Schnurbein Georg, **Praktische Probleme der Bestellung des Stiftungsrats**, Expert Focus, 12 / 2019, pp. 92-94
- Krämer Cathrin, **Die unselbständige Stiftung von Todes wegen**, Diss. Bochum, Berlin 2020.
- Kratz-Ulmer Aline, **Ist der Anlegerkreis der Anlagestiftung noch zeitgemäss ?**, Expert Focus 4 / 2020, 224 ss
- Kratz-Ulmer Aline, **Wirkungsvollere Stiftungstätigkeit mittels « Foundation Diversity Management »**, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 4 / 2020, 460 ss
- Kratz-Ulmer Aline / Schudel Jan, **Digitale Transformation in Förderstiftungen**, Stiftung & Sponsoring, 4 / 2020, 24 ss
- Kratz-Ulmer Aline, **Mehr Vielfalt in Stiftungsräten**, Fundraiser-Magazin, 02 / 2020, pp.48-49
- Kratz-Ulmer Aline, **Les fondations face au COVID 19**, Aspects, 1/2020, p. 41

- Kriemler Roland, **Steuern und Abgaben bei Anlagestiftungen**, Expert Focus 1-2/2020, 63 ss
- Lideikyte-Huber Giedre, **Tax Incentives for Charitable Giving as a Policy Instrument: Theoretical Discussion and Latest Economic Research**, World Tax Journal, 12 / 2020
- Lideikyte-Huber Giedre / Peter Henry, **Encouraging Sustainable Investments through Direct Tax Relief: Swiss and EU State Aid Legal Framework**, IFF Forum für Steuerrecht, 3 / 2020
- Oberle Sven / Schüttpelz Daniel / Cadisch Michael, **Besteuerung von Zuwendungen einer Schweizer Stiftung an deutsche Begünstigte**, Expert Focus 4 / 2020, 247 ss
- OECD, **Taxation and Philanthropy**, OECD Tax Policy Studies, OECD Publishing Paris, 27 / 2020
- OECD / Geneva Centre for Philanthropy, **Taxation and Philanthropy**, Policy Brief, 11 / 2020
- Oesterhelt Stefan/Opel Andrea: **Abkommensberechtigung liechtensteinischer Stiftungen und Anstalten**, Steuer Revue (StR) 1 / 2020, 2 ss
- Opel Andrea, **Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2019 – Zugleich zum Vorschlag einer Corona-Erbschaftssteuer**, successio 3 / 2020, 227 ss
- Panico Paolo, **Private Foundations and EU beneficial ownership registers: towards full disclosure to the general public ?**, Trusts & Trustees, Vol. 26, No. 6, July 2020, 493 ss
- Prophil, **Voyage au pays des fondations actionnaires – 1^{er} guide pratique**, les guides pratiques de Prophil, 01 / 2020.
- Rieger Sebastian / Kipfer-Berger Jonas, **§ 10 Gemeinnützige Stiftungen und Vereine**, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Bâle 2020
- Riemer Hans-Michael, **Commentaire bernois, Die juristischen Personen, Die Stiftungen**, Art. 80-89c ZGB, 2^e éd., Berne 2020
- Roza Lonneke / Bethmann Stephan / Meijs Lucas / von Schnurbein Georg (éds.), **Handbook on Corporate Foundations**, Cham 2020
- Saint-Amans Pascal/Peter Henry, Tax support for Philanthropy: **Striking the right balance**, Geneva Centre for Philanthropy (blog), 27 / 11 / 2020
- Sprecher Thomas/Egger Philipp/von Schnurbein Georg, **Swiss Foundation Code 2021**, Bern 2021 (à paraître en juin 2021)
- Tieffenbach Emma, **Redistribuer le sang: le confisquer, le vendre ou le donner?**, Donner de son sang, ouvrage collectif sous la direction de Jean-Daniel Tissot et Philippe Schneider, Edition Favre, Lausanne-Paris, 07 / 2020, pp. 223-251
- Ventura Livia / Schüssler Thomas, **Hybride Rechtsformen für das soziale Unternehmertum. Die italienische Società Benefit und die deutsche Perspektive**, Recht des Internationalen Wirtschaft, 7 / 2020, pp. 405-411
- Ventura Livia, **Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei**, Diritto del commercio internazionale, 1 / 2020, pp. 243-282
- Ventura Livia, **The Essential Role of Enterprises for an Inclusive and Sustainable Development: Towards a New Uniform Model Law for the Social Enterprise?**, 17 European Company Law Journal, 1 / 2020, pp. 7-14
- von Schnurbein Georg / Hengevoss Alice, **Grantee Review Report 2019**, Basel 2020.
- von Schnurbein Georg, **Fundraising und Governance**, in: Urselmann Michael (éd.), Handbuch Fundraising, 2^e éd., Wiesbaden 2020
- von Schnurbein Georg, **Transitioning to Strong Partnerships for the Sustainable Development Goals**, Bâle 2020
- Vogel Peter, Eichenberger Etienne, Kurzak Malgorzata, **Family Philanthropy Navigator**, Lausanne, 2020
- Vogt Domenik, **Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt, Eine Rechtsform zwischen Kapitalgesellschaft und Stiftung**, Diss. Zurich, Mauren 2020
- Zellweger Raphael / Uttinger Laurence, **Die Informationspflicht von 1e-Stiftungen**, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 10 / 2020, 1302 ss

BREF PORTRAIT DES ÉDITEURS



Katharina Guggi, M.A. HSG

Katharina Guggi est responsable depuis 2017 du domaine Communication & Stratégie numérique chez SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses. À ce titre, elle promeut une perception documentée et positive des fondations d'intérêt public et travaille à entretenir un échange d'expériences continu entre membres et à mettre en réseau différents partenaires. Katharina Guggi a obtenu en 2016 un master en Management, Organization Studies and Cultural Theory à l'Université de Saint-Gall. Auparavant, elle a étudié l'histoire de l'art, l'histoire et le droit à l'Université de Vienne. Elle travaille dans le secteur des fondations depuis 2014.



Julia Jakob, assistante juridique

Julia Jakob est responsable depuis 2020 du domaine « Politique & Droit » chez SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses. Outre son activité chez SwissFoundations, elle est collaboratrice au Centre pour le droit des fondations de l'Université de Zurich, et directrice de la Ingeborg Dénes Muhr Stiftung. Julia a étudié le droit à l'université de Munich. Avant de venir en Suisse en 2007, elle a travaillé pour l'État libre de Bavière en qualité de juge auprès du tribunal administratif de Munich, et en tant qu'attachée d'administration au Ministère de l'intérieur de Bavière et au gouvernement de Haute-Bavière.



Prof. Dr Dominique Jakob, M.I.L. (Lund)

Dominique Jakob a étudié le droit aux universités d'Augsburg, Munich et Lund (Suède). Titulaire d'un doctorat d'État, avec une thèse intitulée *Schutz der Stiftung – Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen*, il est habilité à enseigner le droit civil, le droit international privé, le droit comparé, le droit de la procédure civile, le droit du commerce et le droit économique ainsi que le droit fiscal. Depuis 2007, il est titulaire de la chaire de droit privé à l'Université de Zurich, où il a créé en 2008 le Centre du droit des fondations (www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch), et en 2010 la Journée zurichoise du droit des fondations. Ses principaux domaines de recherche sont le droit des fondations national et international (et plus particulièrement les liens entre la Suisse, le Liechtenstein et l'Allemagne), ainsi que la planification des successions et l'organisation de la gestion du patrimoine (y compris les trusts). Auteur de nombreuses publications en Suisse et à l'étranger, il intervient en tant que conseiller auprès de gouvernements, d'institutions financières, d'entreprises, de fondations, de familles et de particuliers. Il est membre de l'International Academy of Estate Trust Law (TIAETL) et est sélectionné depuis 2017 par *American Lawyer / Legal Week* pour faire partie de la «Private Client Global Elite».



Prof. Dr Georg von Schnurbein

Georg von Schnurbein est professeur associé en gestion des fondations à la faculté de sciences économiques et directeur-fondateur du Centres d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS) de l'Université de Bâle, créé à l'initiative de SwissFoundations, l'association des fondations donatrices suisses. Il a étudié l'organisation et la gestion d'entreprises et, en matière secondaire, les sciences politiques aux universités de Bamberg, Fribourg et Berne. Georg von Schnurbein est membre du comité de rédaction de la revue *Nonprofit Management & Leadership* et co-éditeur du Swiss Foundation Code. Ses domaines de spécialisation sont la gouvernance et la gestion financière des organisations à but non lucratif, ainsi que la mesure d'impact.



Centre d'études de la philanthropie en Suisse (CEPS)

Université de Bâle

Steinengraben 22

CH-4051 Bâle

Tél. +41 61 207 23 92

E-Mail : ceps@unibas.ch

www.ceps.unibas.ch



**Universität
Zürich**

Zentrum für Stiftungsrecht

Centre pour le droit des fondations

Université de Zurich

Treichlerstrasse 10/15

CH-8032 Zurich

Tél. +41 44 634 15 76

E-Mail : stiftungsrecht@rwi.uzh.ch

www.zentrum-stiftungsrecht.uzh.ch

SwissFoundations

SwissFoundations

Association des fondations donatrices suisses

Maison des Fondations

Chemin Rieu 17

CH-1208 Genève

Tél. +41 22 347 61 84

E-Mail : info@swissfoundations.ch

www.swissfoundations.ch

ISBN : 978-3-9524819-9-8