

3/23



Revue
de droit privé et fiscal
du patrimoine

Éditée par
le Centre de droit notarial
(*Faculté de droit de l'Université de Lausanne*)

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



nota@lex

Table des matières



Article de fond I

p. 87

Le contrat de leasing dans l'exécution forcée
*Bruno Pasquier, docteur en droit, LL.M.,
professeur UniDistance Suisse et ZHAW,
avocat, juge suppléant au Tribunal cantonal
du Canton de Fribourg*



Article de fond II

p. 109

Fondations, planification successorale et
gouvernance familiale : Réflexions sur la liberté
du disposant dans la transmission de ses actifs
et de ses valeurs
*Delphine Bottge, avocate au barreau de Genève,
Fondatrice, Purpose lawyers, academic Fellow,
centre en Philanthropie de l'Université
de Genève et
Laurie Liccardo, Mlaw, juriste, Purpose
lawyers, Genève*



Tribunaux

p. 123

Arrêts choisis du Tribunal fédéral
parus en 2022 en matière de droit des sociétés
*Mathieu Blanc, docteur en droit, avocat, et
Rafaella Demierre, MLaw, avocate, Kasser
Schlosser avocats SA, Lausanne*



Recension

p. 128

Compte-rendu d'ouvrage
«La profession de notaire» par Etienne Jeandin
Michel Mooser, Professeur, notaire à Bulle

Fondations, planification successorale et gouvernance familiale : Réflexions sur la liberté du disposant dans la transmission de ses actifs et de ses valeurs

Delphine Bottge, avocate au barreau de Genève, Fondatrice, Purpose lawyers, academic Fellow, centre en Philanthropie de l'Université de Genève et Laurie Liccardo, Mlaw, juriste, Purpose lawyers, Genève

La constitution d'une fondation a tout son sens dans le cadre d'une planification successorale ou d'une gouvernance familiale bien pensée : elle facilite au sein de la famille une adhésion aux valeurs qui lui sont propres et une compréhension de la finalité du patrimoine familial au travers des générations. Le droit des fondations est très libéral et laisse au fondateur une grande autonomie au moment de la constitution pour exprimer sa volonté et déterminer la gouvernance la plus adaptée. Dans un souci de cohérence, la planification suppose la maîtrise de l'acte de fondation, dans lequel le fondateur exprimera sa volonté en veillant à transposer les règles de transmission arrêtées dans les autres actes juridiques (testament, pacte successoral, etc.) ou non, basés sur un engagement moral (charte familiale). La présente contribution traite principalement des fondations poursuivant un but d'utilité publique. La fondation de famille au sens de l'art. 335 CC n'est pas ici développée.

Die Errichtung einer Stiftung macht in einer Nachlassplanung oder in einer gut überlegten Familienführung (Family Governance) Sinn : Es erleichtert innerhalb der Familie sowohl das Bekenntnis zu deren eigenen Werten als auch ein Verständnis des Zwecks des Familienvermögens über die Generationen hinweg. Das Stiftungsrecht ist sehr liberal und lässt dem Stifter eine grosse Autonomie bei der Errichtung der Stiftung, um seinen Willen zu äussern und die am besten geeignete Führung zu bestimmen. In dem Bemühen um Kohärenz setzt die Planung das Beherrschen der Stiftungsurkunde, in welcher der Stifter seinen Willen äussert, voraus. In der Stiftungsurkunde sollten die Übertragungsregeln umgesetzt werden, die aus anderen Rechtshandlungen (Testament, Erbvertrag usw.) oder aus einer moralischen Pflicht (Familiencharta) stammen. Dieser Beitrag handelt hauptsächlich von Stiftungen, die einen öffentlichen Zweck verfolgen. Die Familienstiftung im Sinne des Art. 335 ZGB wird nicht ausgeführt.

Table des matières

- I. Planification successorale et gouvernance familiale : quelle place pour les fondations ?**
 - A. Pertinence des fondations dans quelques cas de figure**
 - B. Constitution du vivant ou *pour cause de mort* ?**
- II. Quelques aspects de droit successoral et fiscal**
- III. Gouvernance adaptée, droits d'intervention du fondateur, lettre d'intention : des instruments spécifiques pour servir la volonté du fondateur**
 - A. Clauses statutaires instaurant des principes de gouvernance de la fondation alignés sur des principes de gouvernance familiale (implication des membres)**
 1. Désignation des membres de la famille



2. Désignation des membres ès fonctions

B. Droits d'intervention du fondateur

1. Réserve de modification du but et de la gouvernance d'une fondation
2. Droit au renouvellement dans la composition du conseil de fondation
3. Droit de veto

C. Lettre d'intention

IV. Conclusion

Bibliographie

I. Planification successorale et gouvernance familiale : quelle place pour les fondations ?

Les réflexions qui accompagnent une planification successorale ne sauraient se limiter à une simple transmission d'actifs. Elles ont par essence une dimension personnelle, très souvent familiale, et ont trait également à la transmission d'une histoire, de ses valeurs propres et du sens donné au patrimoine.

La compréhension de ces notions requiert un exercice de dialogue et de discussion entre générations, qui peut emprunter, dans certains cas, un chemin plus profond, tendant à la pérennité du patrimoine familial et de sa finalité, tout en intégrant les aspirations de chacun des membres pris séparément ; son rôle en tant que membre de la famille, évoluant dans une vision familiale conforme à ses valeurs. L'instauration d'une gouvernance familiale est un processus qui apporte une organisation claire aux échanges et prises de décision au sein de la famille et contribue ainsi à désamorcer d'éventuelles divergences familiales ou leur survenance au fil des générations et à permettre aux jeunes générations de s'approprier la démarche initiée par leurs ascendants.

A. Pertinence des fondations dans quelques cas de figure

La fondation n'est pas l'instrument de planification successorale auquel l'on songe de prime abord¹, alors qu'elle peut pourtant être une véritable synthèse incitative de gouvernance familiale. Elle peut permettre en effet, au-delà du but d'utilité publique qu'elle poursuit et selon la gouvernance arrêtée par son fondateur, de réunir les membres de la famille autour de l'expression des valeurs et du projet philanthropique qui lui sont propres, au fil des générations.

La création d'une fondation peut répondre aux préoccupations de collectionneurs qui prennent le risque de voir leurs collections perdre leur unicité après leur décès dans le cadre du règlement de leur succession². Afin d'éviter le démantèlement des œuvres entre leurs héritiers, ils peuvent créer une fondation (fondation artistique³) de leur vivant⁴ ou prendre des dispositions, afin que celle-ci voie le jour au moment de leur décès⁵. Ayant pour intérêt la préservation de l'héritage artistique du défunt, la famille et les héritiers du défunt peuvent également constituer une fondation dédiée⁶. À l'inverse, dans l'hypothèse

¹ PIOTET, La fondation, p. 17.

² BANDLE/RENOLD, p. 292 N 1059.

³ La fondation artistique se consacre à la gestion d'un patrimoine artistique ou au mécénat en faveur des arts, voir BANDLE/RENOLD, p. 310 ss.

⁴ BANDLE/RENOLD, p. 314 N 1172 et p. 318-319 N 1192-1198.

⁵ BANDLE/RENOLD, p. 319-320 N 1199-1204.

⁶ BANDLE/RENOLD, p. 315 N 1177.

où le collectionneur n'a ni descendants ni héritiers, la création d'une structure juridique, telle que la fondation, peut se révéler très efficace pour planifier la gestion des droits d'auteur ou plus globalement son patrimoine⁷.

La création d'une fondation peut également répondre aux préoccupations des entrepreneurs soucieux d'assurer la pérennité de l'entreprise familiale, qui n'entendent ni privilégier l'un de leurs enfants ni fractionner le patrimoine et l'unité au sein d'une fratrie. Ils pourront céder tout ou partie de l'entreprise familiale à une fondation, dont le but statutaire sera économique (la seule détention des parts de l'entreprise et la pérennisation de cette dernière) ou d'utilité publique (la détention des parts étant alors un simple moyen permettant à la fondation d'atteindre ce but)⁸. Elle tiendra un rôle de tiers neutre, de modérateur, de fédérateur, voire de vigie dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée, aux côtés des actionnaires familiaux qui subsisteront, de génération en génération. Une charte familiale ancrera les principes de cette gouvernance et établira les règles applicables en cas de cession ou de vente de parts de l'entreprise.

B. Constitution du vivant ou pour cause de mort ?

De nombreuses fondations ont été créées *pour cause de mort* en Suisse au cours des dernières décennies, autrement nommées «fondations successorales»⁹ (art. 81 CC). Or, la constitution entre vifs se révèle être plus facile à appréhender¹⁰ et l'on recommande aux fondateurs aujourd'hui, à l'instar de la doctrine et du Swiss Foundation Code¹¹, de procéder de leur vivant à la constitution de la fondation, dans une approche à long terme, cohérente avec les dispositions qu'ils auront prises sur l'ensemble de leur patrimoine, et en concertation avec leurs héritiers.

Pour le fondateur, la création d'une fondation de son vivant est généralement préférable à une fondation par disposition *pour cause de mort*. En effet, cette constitution particulière au décès du fondateur a pour conséquences premières que le fondateur lui-même ne verra pas l'établissement de sa fondation, ne pourra pas en suivre son évolution et encore moins la façonner. Ce qui est regrettable à plus d'un titre, lorsque l'on relève les enjeux et difficultés pratiques que soulève l'interprétation de la volonté du fondateur en cas de lacunes dans l'acte de fondation.

Les fondations créées *pour cause de mort* sont par ailleurs plus à même de susciter l'incompréhension parmi les héritiers qui n'auraient pas été associés à la volonté du *de cuius* et se sentiraient lésés par le transfert d'actifs au profit de la fondation. Des réactions non négligeables basées sur l'affect peuvent se révéler au moment de la mise en œuvre de la volonté du fondateur. Dans une démarche d'anticipation, il importe surtout de favoriser le dialogue et la concertation des membres de la famille concernés¹². Cela est d'autant plus essentiel, lorsqu'il s'agit d'une dotation entre vifs de la fondation nécessitant le consentement du conjoint du fondateur¹³. En d'autres termes, il s'agit de présenter, aux personnes

⁷ BANDLE/RENOLD, p. 311 N 1154.

⁸ BOTTGE, p. 15 ss.

⁹ Sur la notion de «fondation successorale» voir VEZ, CR CC-I, Art. 81.

¹⁰ JAKOB, Die Erb Stiftung, p. 175.

¹¹ SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021 p. 34-35: «La constitution entre vifs est en principe préférable» et p. 222.

¹² BADDELEY, L'utilisation des fondations, p. 102 N 72.

¹³ BADDELEY, L'utilisation des fondations, p. 99 N 66.



concernées, les vertus du projet existant autour de la constitution d'une fondation tout en arrêtant l'implication éventuelle de ces dernières au sein de la fondation.

La constitution de la fondation du vivant du fondateur est donc l'occasion de régler, avec la participation de ce dernier, toutes les questions liées à l'organisation ainsi que les relations avec les différentes autorités (registre du commerce, autorité de surveillance, administration fiscale). Un collectionneur, par exemple, pourra constituer une fondation et arrêter la gouvernance de cette dernière, puis décider ultérieurement de lui transférer la propriété de sa collection, de son vivant ou *pour cause de mort*; cette dernière option lui permettant de jouir librement de sa collection ou de la faire évoluer au gré de nouvelles acquisitions¹⁴. Un entrepreneur pourra, quant à lui, anticiper de son vivant la constitution de la fondation ainsi qu'un plan échelonné dans le temps pour doter la fondation des actions qu'il détient, ce qui lui permettra d'adapter la gouvernance de l'entreprise au gré de l'évolution de son actionnariat, de l'adhésion des membres de sa famille et des autres parties prenantes de l'entreprise (p.ex. employés, clients, fournisseurs, la société dans son ensemble, etc.).

Il n'est pas requis de doter *ab initio* une fondation d'un capital conséquent. Tout fondateur peut décider de constituer la fondation dans un premier temps, puis de l'alimenter au fil des ans par des dotations successives de son vivant¹⁵ ou *pour cause de mort*¹⁶. On pourrait également envisager que le fondateur se limite à constituer la fondation de son vivant, tout en précisant dans l'acte de fondation qu'elle ne deviendra active qu'à son décès. Cette dernière éventualité n'est cependant pas à recommander, puisque le fondateur se priverait ainsi de la possibilité de prendre des décisions essentielles lors des premières années de la fondation, voire d'apporter des ajustements nécessaires à sa bonne évolution¹⁷. Relevons enfin que l'absence d'activité effective par une fondation n'est pas compatible avec la délivrance d'une exonération fiscale¹⁸.

II. Quelques aspects de droit successoral et fiscal

La mise en place ou le développement d'une fondation dans un contexte de planification successorale est un projet exigeant qui nécessite une planification à la fois prudente et efficace de la succession et de la fortune. Le respect du droit des successions ainsi que des considérations notamment fiscales, sont autant de limites que le fondateur doit observer avec attention s'il souhaite voir son projet se matérialiser¹⁹.

Une attention particulière doit être portée à la protection des réserves héréditaires (art. 493 CC)²⁰, pour toute dotation *pour cause de mort*, mais également si elle survient du vivant du fondateur. En effet, la part du patrimoine que ce dernier affecte à la fondation réduit d'autant la masse successorale et est dès lors susceptible de porter atteinte aux intérêts patrimoniaux des membres de la famille, voire à leurs réserves héréditaires. Dans un tel

¹⁴ BANDLE/RENOID, p. 320 N 1201.

¹⁵ BADDELEY, L'utilisation des fondations, p. 80 N 15.; GEIGER, § 4.

¹⁶ RIEMER, Stiftungen, p. 284 § 6.

¹⁷ SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021, 34-35: « Constitution du vivant du fondateur ou fondation successorale ».

¹⁸ Administration fédérale des contributions (AFC), Circulaire n° 12 sur l'« Exonération de l'impôt pour les personnes morales poursuivant des buts de service public ou de pure utilité publique (art. 56, let. g LIFD) ou des buts culturels (art. 56, let. h LIFD); déductibilité des versements bénévoles (art. 33, 1er al., let. i et art. 59, let. c LIFD) » du 8 juillet 1994, p. 2.

¹⁹ WÜSTEMANN, p. 27 et p. 36.

²⁰ BADDELEY, CR CC-II, Art. 493 N 2.

cas, la fondation pourrait faire l'objet d'une action en réduction de la part des réservataires (art. 475 CC et 527 CC) qui peut compromettre la mise en œuvre et le développement du projet philanthropique porté par la fondation²¹.

À ce titre, la révision du droit successoral, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, offre au disposant de nouvelles possibilités par l'augmentation de sa liberté de disposer²². Le nouveau droit supprime la réserve anciennement prévue pour les parents. Le nouvel article 470 CC instaure, comme seuls héritiers réservataires, le conjoint ou le partenaire enregistré survivant et les descendants. Pour le conjoint ou partenaire enregistré survivant, la réserve demeure inchangée²³. Quant à celle des descendants, elle est réduite à la moitié de leur droit de succession. Si ce renforcement de la liberté de décision du *de cuius* facilite la transmission d'entreprises familiales²⁴, il permet également de dédier une plus grande part de son capital à la création d'une fondation²⁵.

Relevons également que ce nouveau droit s'applique à tout décès survenant après l'entrée en vigueur de la révision, y compris en cas de dispositions testamentaires rédigées avant le 1^{er} janvier 2023²⁶. Cela peut soulever d'épineuses questions d'interprétation, dans le cas, par exemple, où le testament ferait référence au terme générique de « quotité disponible » – mention fréquemment usitée lorsque le *de cuius* souhaite effectuer un legs important à une organisation d'utilité publique. En l'absence de nouvelles dispositions transitoires, l'on peut effectivement se demander si la « quotité disponible », mentionnée par le *de cuius* dans son testament, doit s'entendre comme celle en vigueur avant ou après la révision survenue au 1^{er} janvier 2023. C'est pourquoi il serait judicieux d'inciter tout disposant à revoir les dispositions qu'il aurait prises précédemment, à la lumière du nouveau droit successoral, et d'y apporter les précisions ou modifications attendues afin qu'elles correspondent à sa volonté²⁷.

Dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée, il est tout à fait envisageable également, avec l'accord des héritiers réservataires, d'allouer à la fondation, instaurée ou à instaurer, un capital excédant la quotité disponible. Le disposant et ses futurs héritiers ou légataires concluront alors un pacte successoral, par lequel ils conviendront de la renonciation aux droits successoraux et à l'attribution à la fondation²⁸.

Dans l'éventualité où un pacte successoral ne serait pas envisageable, le fondateur peut également dessiner les contours de dispositions spécifiques dans l'acte de fondation, en prenant soin, pour éviter tout problème financier ou toute lésion future au patrimoine de la fondation, de lui transmettre les liquidités nécessaires pour remplir les parts réservataires dans l'éventualité où elles seraient revendiquées²⁹.

À cela s'ajoutent, notamment dans le cadre de patrimoines familiaux structurés au niveau international, des exigences supplémentaires de nature fiscale.

Relevons enfin que toute fondation poursuivant un but d'utilité publique peut bénéficier d'une exonération sur le bénéfice et le capital, les gains immobiliers et les droits d'enregis-

²¹ JAKOB, Die Erb Stiftung, p. 178-179.

²² FF 2018 5865 ff, p. 5881.

²³ FF 2018 5865 ff, p. 5883-5884.

²⁴ FF 2018 5865 ff, p. 5879.

²⁵ JAKOB/TRAJKOVA, Entwicklungen, p. 967; JACOB J./FREIBURGH/AUS/JACOB D., Rapport sur les fondations 2023, p. 21.

²⁶ FF 2018 5865 ff, p. 5918.

²⁷ FF 2018 5865 ff, p. 5918; BADDELEY, La réforme, p. 26.

²⁸ WÜSTEMANN, p. 32; SFC 2021, p. 31.

²⁹ JAKOB, Die Erb Stiftung, p. 178-179.



trement (art. 56 let. g LIFD ; art. 23 al. 1 let. f LHID ; art. 9 al. 1 let. f LIPM à Genève), si la fondation ne poursuit pas de buts lucratifs, affecte de manière irrévocable ses fonds à la poursuite des buts d'utilité publique ou service public, sans retour possible aux donateurs et/ou fondateurs, et exerce une activité de manière effective et désintéressée. L'exonération fiscale de la fondation permet également au fondateur, à des conditions variant d'un canton à l'autre, de déduire le montant de la dotation qu'il souhaite attribuer à la fondation, au même titre que toute donation subséquente effectuée au profit de cette dernière. Les legs effectués au profit d'une fondation reconnue d'utilité publique sont par ailleurs exonérés de droits de succession.

III. Gouvernance adaptée, droits d'intervention du fondateur, lettre d'intention : des instruments spécifiques pour servir la volonté du fondateur

Relevant du principe d'autonomie privée (art. 19 al. 1 CO en relation avec l'art. 7 CC), la liberté du fondateur (« *Stifterfreiheit* »), respectivement celle de fondation (« *Stiftungsfreiheit* »), sont des principes cardinaux du droit des fondations³⁰. Le disposant a ainsi la liberté de concevoir et dessiner les contours d'une fondation selon sa propre volonté (son but statutaire, ses ressources, son organisation (art. 83 CC), et bien d'autres éléments encore, que nous traiterons ci-dessous), tout en observant les limites que pose le droit suisse. Une fois la fondation constituée, elle devient une entité juridique indépendante de son fondateur qui ne pourra alors modifier ses statuts qu'à des conditions restrictives (principes de séparation et d'autonomie). En effet, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, la liberté de fondation, reconnue en droit privé suisse, se limite à la constitution de la fondation³¹.

La rédaction de l'acte constitutif est donc déterminante, bien plus que pour d'autres structures juridiques, et l'on ne saurait emprunter des modèles types de statuts – comme ceux proposés par les autorités de surveillance – sans analyser l'adéquation de chacune des clauses avec l'intention spécifique du disposant et les dispositions précises de planification successorale et de gouvernance familiale, dans un souci de cohérence qui s'impose.

Pour cette raison, une attention particulière doit être portée à la rédaction de l'acte constitutif et à celle de certaines clauses statutaires spécifiques, outre ses éléments essentiels (volonté de constituer une fondation, but, capital) et d'autres éléments caractéristiques (ressources, rayon d'action géographique, durée – déterminée ou indéterminée, etc.), notamment celles instaurant :

- Des règles spécifiques de gestion des actifs de la fondation alignées sur les dispositions successorales ou les principes arrêtés de gouvernance familiale : maintien de la substance de la fondation ou consommation du capital ; mode de gestion des actifs principaux (capital, entreprise, collection d'art qui seraient reçus par la fondation) ; droit ou au contraire interdiction d'aliéner lesdits actifs, conditions à une telle aliénation ;
- Des principes de gouvernance de la fondation alignés sur les dispositions successorales ou les principes arrêtés de gouvernance familiale (par exemple, clauses assurant l'implication des membres de la famille au fil des générations), (cf. *infra* « A. *Clauses statutaires instaurant des principes de gouvernance de la fondation alignés sur des principes de gouvernance familiale [implication des membres]* ») ;

³⁰ RIEMER, BeKomm., p. 36 N 84 ; ATF 127 III 337 ; ATF 120 II 374.

³¹ ATF 144 III 264, consid. 2.1.

- Des droits d'intervention (« *Einwirkungsrechte des Stifters* »), dont certains détaillés ci-dessous (cf. *infra* « *B. Droits d'intervention du fondateur* ») que le fondateur peut réserver, nonobstant les principes de séparation et d'autonomie décrits ci-dessus³², et qui révèlent toute leur pertinence dans les cas où le fondateur entend associer ses descendants ou des membres de sa famille à la gouvernance de la fondation et à la planification de sa succession.

Le fondateur pourra également songer à rédiger une lettre d'intention, détaillant plus précisément sa volonté, qui peut se révéler une source précieuse pour le conseil de fondation après le décès du fondateur (cf. *infra* « *C. La lettre d'intention* »).

A. Clauses statutaires instaurant des principes de gouvernance de la fondation alignés sur des principes de gouvernance familiale (implication des membres)

1. Désignation des membres de la famille

La formulation particulièrement laconique de l'art. 83 CC sur l'organisation de la fondation laisse au fondateur une grande liberté de choix relative à la composition, au mode de désignation ou encore aux attributions des organes de la fondation et à son mode d'administration³³. Dans un contexte de planification successorale, le fondateur peut ainsi prévoir l'implication permanente de ses descendants ou plus largement de membres de sa famille. Si une telle clause peut être qualifiée d'habituelle³⁴, les résultats d'une récente étude ont démontré, contrairement aux idées véhiculées autour de la composition des conseils de fondation, que les membres de la famille ne sont pas systématiquement présents dans les conseils de fondation³⁵.

Les motivations qui amènent le fondateur à impliquer ses descendants ou des membres de sa famille au sein de la fondation sont multiples. Certains soulèvent que leur implication peut être souhaitée, voire attendue, pour compenser la réduction de l'héritage – consécutive à la constitution de la fondation – dont ils souffriraient³⁶. Nous retenons surtout qu'une gouvernance familiale bien pensée, des échanges familiaux construits, permettent non seulement de sensibiliser, mais d'associer réellement les membres de la famille à la raison d'être de la fondation. Ils connaissent et maîtrisent de façon pérenne la volonté qui prévaut à la constitution de la fondation, qu'ils soient ou non au nombre des fondateurs, et la transmettront de génération en génération.

À cet égard, et dans le cas plus particulier de familles nombreuses ou dans celui d'intérêts divergents, il revient au(x) fondateur(s)³⁷ de déterminer le plus tôt possible quels membres de la famille siègeront dans les organes de la fondation.

³² ATF 144 III 264, consid. 2.2; MERKT, p. 62 N 244.

³³ VEZ, CR CC-I, Art. 83 N 1.

³⁴ BADDELEY, L'utilisation des fondations, p. 83 N 22.

³⁵ KRATZ-ULMER/GILL, p. 23. Ce rapport met en lumière que sur les 107 fondations d'utilité publique sondées, les deux tiers des fondations (66%) ne comptent aucun membre de la famille du fondateur ou de la fondatrice dans leur conseil.

³⁶ SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021 p. 31.

³⁷ Dans le cadre d'une gouvernance familiale, les membres de la famille peuvent décider ensemble de constituer la fondation. Il leur incombe alors de déterminer qui revêt la qualité de fondateur: le patriarche (Génération 1)? les membres, majeurs, de la famille (Génération 1 et Génération 2)? ou bien d'autres cas de figure.



2. Désignation des membres ès fonctions

La constitution du premier conseil de fondation, c'est-à-dire notamment la détermination des fonctions au sein du conseil, relève – sauf disposition contraire du fondateur – de la compétence du conseil de fondation³⁸. Toutefois, le fondateur lui-même détermine d'ordinaire la composition du premier conseil³⁹.

La loi étant silencieuse sur le mode de désignation du conseil de fondation, il incombe au fondateur de prévoir dans l'acte constitutif des clauses fixant notamment les critères de désignation ainsi que les éventuelles exigences personnelles posées à ses membres⁴⁰, notamment à la fonction du Président.

La désignation des membres ès fonctions doit être pensée avec soin, en anticipant les lignes de force au sein du conseil et les scénarii de dissensions éventuelles et en aménageant, le cas échéant, des droits d'élection et de révocation spécifiques dans l'acte constitutif. Des lacunes, des dispositions alors mal pensées ou sujettes à interprétation peuvent entraver le conseil de fondation dans son fonctionnement et mettre en péril la réalisation optimale du but de la fondation⁴¹.

B. Droits d'intervention du fondateur

1. Réserve de modification du but et de la gouvernance d'une fondation

En son état actuel, le droit des fondations autorise plusieurs formes de modification des statuts d'une fondation: la modification de l'organisation (art. 85 CC), la modification du but sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation (art. 86 CC), la modification du but sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition *pour cause de mort* du fondateur (art. 86a CC) et les modifications accessoires (art. 86b CC). Le Code civil restreint ainsi les possibilités de modification des statuts, de sorte que le conseil de fondation dispose d'un mandat d'administration et ne peut donc librement modifier la fondation. L'immutabilité du but de la fondation et la volonté du fondateur s'en trouvent dès lors protégées⁴².

Les modifications prévues aux articles 85 et 86 CC sont proposées par l'autorité de surveillance compétente. L'on constate néanmoins en pratique que ces dernières émanent fréquemment du conseil de fondation lui-même⁴³, qui est alors tenu de soumettre la modification envisagée à l'approbation de l'autorité de surveillance.

Il n'en va pas de même du droit de modification du but par le fondateur lui-même, stipulé à l'article 86a al. 1 CC, qui doit expressément être réservé dans l'acte de fondation⁴⁴ pour pouvoir être exercé, en respect des conditions légales. En substance, cette réserve de modification du but permet au fondateur de modifier tous les 10 ans le but de la fondation⁴⁵. De nature strictement personnel, le droit de modifier le but peut intervenir sur présentation d'une requête de modification du fondateur, de son vivant ou par disposition *pour cause*

³⁸ GRÜNINGER, BaKomm. ZGB-I, Art. 83 N 15.

³⁹ VEZ, CR CC-I, Art. 83 N 8.

⁴⁰ KIPFER-BERGER/VON SCHNURBEIN, p. 940.

⁴¹ KIPFER-BERGER/VON SCHNURBEIN, p. 943.

⁴² MERKT, p. 103-104 N 410.

⁴³ SJ 2019 I, p. 105-106, 5A_856/2016 et 5A_865/2016 publié aux ATF 144 III 264.

⁴⁴ VEZ, CR CC-I, Art. 86a N 6.

⁴⁵ VEZ, CR CC-I, Art. 86a N 8.

*de mort*⁴⁶. Par ailleurs, le conseil de fondation ne peut faire valoir un droit d'être entendu⁴⁷. Soulignons enfin que l'autorité de surveillance, saisie d'une modification du but par le fondateur (art. 86a CC) et, dans le même temps, d'une sollicitation de modification par le conseil de fondation ou un tiers (art. 86 CC ou 86b CC), devrait faire primer le droit du fondateur⁴⁸.

À compter du 1^{er} janvier 2024 et de l'entrée en vigueur de la révision de l'article 86a CC, les droits du fondateur seront étendus par l'élargissement, aux mêmes conditions, de son droit de modification à celles portant sur l'organisation⁴⁹. Ainsi, le nouvel art. 86a al. 1 CC dispose que « *l'autorité fédérale ou cantonale compétente modifie, sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition pour cause de mort prise par celui-ci, le but **ou l'organisation** de la fondation, lorsque l'acte de fondation réserve cette possibilité et que 10 ans au moins se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou depuis la dernière modification du but **ou de l'organisation** requise par le fondateur* ». Les délais courent indépendamment les uns des autres.

Une telle adaptation du droit des fondations est bienvenue, puisqu'une modification du but de la fondation implique d'ordinaire également une modification de son organisation⁵⁰. En insérant dans l'acte de fondation une telle clause de modification de l'organisation, le fondateur se réserve ainsi le pouvoir de changer notamment la structure des organes de la fondation ou les modes de nomination des membres de son conseil, après l'écoulement d'une période de 10 ans. Cette réserve de modification de l'organisation de la fondation révèle tout son intérêt dans un contexte de planification successorale ou de gouvernance familiale. En effet, en présence d'une nouvelle génération de membres de la famille souhaitant prendre activement part à la vie de la fondation, le fondateur pourra dès lors adapter l'organisation interne de la fondation en créant par exemple un conseil familial⁵¹. Il en va de même si le fondateur souhaite que les droits de participation et de contrôle du fondateur et/ou de sa famille soient supprimés⁵², en raison d'un étiolement de l'implication de la famille au sein de la fondation au fil du temps, ou encore d'une inadéquation entre l'organisation originelle et l'évolution de la fondation. Dans ce contexte, rappelons que le droit d'exiger la modification du but *ou de l'organisation* est incessible et ne peut être exercé par les héritiers du fondateur (art. 86a al. 3 nCC).

L'article 86a CC dans sa nouvelle teneur ne sera toutefois applicable qu'aux fondations dont l'acte constitutif contient expressément une réserve de modification de l'organisation au bénéfice du fondateur. Les fondations constituées au préalable et ne disposant pas, par essence, d'une telle réserve, ne pourront donc faire usage de la révision de cet article du Code civil et étendre les droits de leur fondateur⁵³. Relevons que l'Autorité fédérale de surveillance des fondations⁵⁴, ainsi que d'autres autorités cantonales, acceptent quant à

⁴⁶ VEZ, CR CC-I, Art. 86a N 7; PFISTER, La fondation, p. 171 N 663.

⁴⁷ PFISTER, Modification du but, p. 187 § 3.2.

⁴⁸ PFISTER, Modification du but, p. 187 § 3.2.

⁴⁹ FF 2021 485, p. 6 § 3.1.

⁵⁰ PFISTER, Modification du but, p. 188 § 4.

⁵¹ JAKOB, La réforme, p. 20.

⁵² ARTER/ODERMATT, p. 445-447.

⁵³ ARTER/ODERMATT, p. 445-447.

⁵⁴ AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES FONDATIONS ASF, Mémento du 9 janvier 2023 relatif à l'introduction d'une réserve liée à un changement d'organisation avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du Code civil sur les fondations.



elles d'ores et déjà, avant même l'entrée en vigueur de l'art. 86a CC révisé, que tout nouvel acte de fondation⁵⁵ prévoit ladite réserve de changement d'organisation à titre prospectif. La question de savoir si une réserve portant sur l'organisation doit être recommandée ou non à un fondateur ne trouve pas en l'état de réponse tranchée. En effet, il faut souligner qu'une telle réserve confère au fondateur une position forte vis-à-vis du conseil de fondation, perçue par certains auteurs comme susceptible de générer une pression sur les organes⁵⁶. Toutefois, si l'idée à l'origine du projet de modification du Code civil était précisément de « donner plus de flexibilité aux fondations et renforcer les droits du fondateur en rendant la modification de leur organisation plus simple qu'elle ne l'est aujourd'hui selon l'art. 85 CC »⁵⁷, le Conseil fédéral a rappelé dans son avis que l'extension du droit de modification aux modifications portant sur l'organisation « doit prioritairement répondre à un meilleur fonctionnement de la fondation et non pas exclusivement aux intérêts propre du fondateur »⁵⁸. Tout en précisant que le fondateur peut déjà en l'état exercer une influence sur le but de la fondation, il n'est pas attendu, selon la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, que l'extension de ce droit de modification entraîne une multiplication des interventions du fondateur dans les affaires de la fondation⁵⁹.

De notre avis, une telle réserve de modification de l'organisation permet au fondateur de réagir et d'adapter l'organisation, de son vivant mais aussi en raison d'une disposition *pour cause de mort* prise par le fondateur. Ce dernier pouvait d'ores et déjà, avant la révision du Code civil, prévoir dans l'acte de fondation, différentes gouvernances successives pour la fondation, par exemple, l'une de son vivant, l'autre prenant effet après son décès. Dorénavant, il pourra également le prévoir par des dispositions *pour cause de mort* qu'il rédigerait ultérieurement sous respect de l'article 86a CC.

2. Droit au renouvellement dans la composition du conseil de fondation

Comme pour les autres questions portant sur la constitution du conseil de fondation, la loi ne prévoit aucune disposition spécifique concernant la durée des mandats et le renouvellement des membres du conseil de fondation. Le fondateur peut dès lors aussi prévoir dans l'acte de fondation⁶⁰ les règles applicables au renouvellement du conseil de fondation⁶¹.

Le Swiss Foundation Code insiste sur l'intérêt de régler ces questions de procédure en matière d'élection et de renouvellement, cela afin que la fondation conserve sa capacité d'évoluer⁶². Il convient de rappeler que les membres ne disposent pas, en règle générale, d'un droit au renouvellement de leur mandat⁶³. De manière courante et sous réserve de dispositions statutaires contraires, après le premier conseil de fondation désigné par le fondateur, la compétence d'élection (et de renouvellement) revient au conseil de fondation lui-même, par cooptation⁶⁴.

⁵⁵ L'acte de fondation doit avoir été signé après la publication de la date d'entrée en vigueur des modifications du Code civil sur les fondations, à savoir après le 30 juin 2022.

⁵⁶ ARTER/ODERMATT, p. 447.

⁵⁷ FF 2021 485, p. 6 § 3.1.

⁵⁸ FF 2021 1169, p. 4-5 § 2.

⁵⁹ FF 2021 485, p. 6 § 3.1.

⁶⁰ SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021, p. 49.

⁶¹ MERKT, p. 82 N 316.

⁶² SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021, p. 66, cf. Recommandation 5 «Renouvellement du conseil de fondation».

⁶³ PFISTER, La fondation, p. 71 N 236.

⁶⁴ GRÜNINGER, BaKomm. ZGB-I, Art. 83 N 6.

Le Tribunal fédéral a reconnu la validité d'une clause statutaire attribuant le pouvoir de nommer les membres du conseil de fondation, d'abord au fondateur personnellement, et, ensuite aux descendants dès que le fondateur ne pourrait plus les exercer pour des raisons de santé ou autres⁶⁵. Il a précisé néanmoins que les conseils de fondation, désignés par le fondateur ou ses descendants, doivent également être objectivement aptes à garantir que le patrimoine de la fondation est utilisé conformément à son but. L'Autorité fédérale de surveillance des fondations, dans sa pratique actuelle, admet quant à elle que le fondateur peut statutairement se réserver le droit de proposer, et non de nommer, des candidats au conseil de fondation⁶⁶.

3. Droit de veto

Relevant des questions d'ordre organisationnel, la thématique des droits de vote (ordinaire, sans droit de vote, voix consultative, droit de vote pluriel en cas d'égalité des voix, droit de veto, etc.), quorums et majorités requises, joue un rôle considérable dans la pratique des fondations, puisqu'elle sous-tend les enjeux de pouvoir au sein de leur organe suprême, le conseil.

Selon le principe de séparation, après la constitution de la fondation, les décisions sont prises par les organes de la fondation et non plus par le fondateur. Dès lors, ce dernier ne dispose pas d'un droit de veto sur les actions ou décisions des organes de la fondation. Néanmoins, le fondateur peut se réserver, dans l'acte constitutif, un droit de veto sur des décisions importantes⁶⁷, qu'elles aient trait à l'ADN de la fondation ou à la composition de son conseil. À ce sujet, le fondateur pourra, par exemple, privilégier la cooptation au sein du conseil de fondation, tout en conservant, pour lui-même et ses successeurs ou toute autre personne désignée, un droit de veto pour toutes futures nominations ou révocations. L'ajout d'une telle clause permet ainsi, au fondateur ou à ses ayants droit, de renforcer sa position ou celle des personnes souhaitées par ce dernier au sein du conseil de fondation⁶⁸. Il faut encore garder à l'esprit qu'un droit de veto ne doit pas rendre plus difficile, voire empêcher la réalisation du but de la fondation⁶⁹.

C. Lettre d'intention

Le conseil de fondation a un devoir de fidélité de respecter et de mettre en œuvre la volonté du fondateur, telle qu'exprimée dans les statuts. Ces derniers n'étant modifiables qu'à des conditions restrictives, nous l'avons vu, ils peuvent souvent contenir des dispositions assez génériques, qui laissent un large pouvoir d'appréciation aux membres du conseil de la fondation, qui rechercheront alors la volonté du fondateur dans leur interprétation des clauses statutaires. Les règles applicables en matière d'interprétation des contrats, en particulier la théorie de la confiance, ne peuvent être suivies pour déterminer la volonté du fondateur⁷⁰. Les organes de la fondation n'ont à exécuter que la volonté du fondateur, dont la liberté se limite à la création de la fondation⁷¹. Dans la recherche de cette volonté, le Tri-

⁶⁵ ATF 144 III 264.

⁶⁶ MERKT, p. 82 N 319.

⁶⁷ MERKT, p. 62 N 243-244; TRAJKOVA, p. 549.

⁶⁸ RIEMER, BeKomm., Art. 83 N 75.

⁶⁹ RIEMER, BeKomm., Art. 83 N 75.

⁷⁰ ATF 93 II 439, consid. 2.

⁷¹ ATF 120 II 137, consid. 3c.



bunal fédéral a précisé que des éléments externes à l'acte constitutif peuvent être pris en compte⁷², par exemple des déclarations faites par le fondateur dans d'autres documents ou devant témoins.

Il serait dès lors de bon usage de conseiller, de cas en cas, au fondateur de rédiger une lettre d'intention qui constituera une source précieuse pour les futurs membres de fondation. Il pourra notamment y évoquer :

- Les circonstances et valeurs familiales qui prévalent à la constitution de la fondation ;
- Sa vision à long terme de la fondation, incluant son évolution après son décès ;
- Les actions de la fondation et les principes que le conseil de fondation devrait privilégier dans ses partenariats et projets ;
- Mais également l'esprit qui prévaut à l'implication des membres de la famille dans la fondation.

Un tel document ne lie pas juridiquement les membres du conseil de fondation, mais peut constituer une source précieuse dans l'interprétation de la volonté du fondateur. Afin de s'assurer de la connaissance et de la considération apportée à la lettre d'intention rédigée par ses soins, le fondateur pourra la faire légaliser par le notaire qui instrumente l'acte constitutif de la fondation. Ce dernier certifiera ainsi sa rédaction à une date certaine et pourra également la déposer dans les minutes de son Étude, assurant sa conservation jusqu'à la cessation de ses fonctions, puis par ses successeurs durant une période minimale de 50 ans.

Dans un contexte international, il est également envisageable d'établir un procès-verbal d'une telle lettre d'intention dans les minutes ; procès-verbal qui pourra être annexé aux dispositions testamentaires du fondateur, quels que soient son pays de résidence et le droit auquel sa succession est soumise.

IV. Conclusion

En anticipant la planification successorale, voire en structurant la gouvernance familiale, on augmente la compréhension et l'engagement des membres de la famille et on favorise le partage équilibré d'informations, qui limitent les dissensions futures. Il convient néanmoins de veiller à la cohérence des actes juridiques qui assurent l'ancrage contraignant des volontés exprimées (dispositions testamentaires, pacte successoral, pacte d'actionnaires, mais également statuts de fondation). Si chacun de ces actes venait à ne pas refléter, en miroir l'un de l'autre, la volonté exprimée en formant un tout cohérent, c'est alors qu'apparaîtraient les risques de conflits entre membres de la famille, mettant en péril vision à long terme et pérennité dans la transmission des actifs et des valeurs familiales.

⁷² ATF 93 II 439, consid. 2.

Bibliographie

ARTER Olivier/ODERMATT Chantal, Revision des Stiftungsrechts: genutzte und verpasste Chancen, *in* Expert Focus 10/2022, p. 444-447.

BADDELEY Margareta, *ad* Art. 481-493 CC, *in* Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Piotet Denis (éds), Code civil II. Commentaire romand, Bâle 2016 (cité: BADDELEY, CR CC-II).

BADDELEY Margareta, L'utilisation des fondations à des fins successorales, *in* Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éds), Journée de droit successoral 2017, Berne 2017 (cité: BADDELEY, L'utilisation des fondations).

BADDELEY Margareta, La réforme du droit successoral: premier volet, *in* not@lex 1/2023 (cité: BADDELEY, La réforme).

BANDLE Anne Laure/RENOLD Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Bâle 2022.

BOTTGE Delphine, Les fondations actionnaires en Suisse, Genève 2022.

GEIGER Alexandra, (Erb-)Stiftung: Ausgewählte Fragen zur Entstehung und zur Rechtsfähigkeit, *in* iusNet, 2021.

GRÜNINGER Harold, *ad* Art. 80-89^{bis} ZGB, *in* Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éds), BaKomm. ZGB-I, 6^e éd., Bâle 2018 (cité: GRÜNINGER, BaKomm. ZGB-I).

JAKOB Dominique, Die Erbstiftung im internationalen Privatrecht, *in* Breitschmid/Eitel/Jungo (éds), Festschrift für Hans Rainer Künzle, Zurich 2021 (cité: JAKOB, Die Erbstiftung).

JAKOB Dominique, La réforme du droit des fondations est entérinée – quels gains, quelles pertes, quels résultats durables pour les fondations?, *in* Von Orelli Lukas/Jakob Julia/Jakob Dominique/Von Schnurbein Georg, Rapport sur les fondations en Suisse 2022, CEPS Forschung und Praxis – Volume 28 (cité: JAKOB, La réforme).

JAKOB Dominique/TRAJKOVA Renata, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht: Le point sur le droit des associations et fondations, *in* Schweizerische Juristen-Zeitung, 2021, p. 1027-1033 (cité: JAKOB/TRAJKOVA, Entwicklungen).

JAKOB Julia/FREIBURGHANUS Aline/JAKOB Dominique/VON SCHNURBEIN Georg, Rapport sur les fondations en Suisse 2023, CEPS Forschung und Praxis – Volume 30 (cité: JAKOB J./FREIBURGHANUS/JAKOB D., Rapport sur les fondations 2023).

KIPFER-BERGER Jonas/VON SCHNURBEIN Georg, Praktische Probleme der Bestellung des Stiftungsrats, *in* Expert Focus 12/2019, p. 940-943.

KRATZ-ULMER Aline/GILL Laetitia, Diversité et conseils de fondations d'utilité publique en Suisse, Genève 2022.

MERKT Benoît, Droit des fondations d'utilité publique, Berne 2021.

PFISTER Loïc, La fondation, Collection «Guide pratique des personnes morales et des sociétés», Genève/Zurich 2017 (cité: PFISTER, La fondation).

PFISTER Loïc, La modification du but d'une fondation, *in* Expert Focus 3/19 p. 185 (cité: PFISTER, Modification du but).



PIOTET Denis, La fondation, instrument de planification successorale ?, *in not@lex*, 2019.

RIEMER Hans Michael, Die Stiftungen: systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89c ZGB, *in Bekomm.*, Berne 2020 (cité: RIEMER, BeKomm.).

RIEMER Hans Michael, Stiftungen in der Anwaltspraxis – einige Hauptpunkte, *in Anwaltsrevue*, 2021, p. 283-287 (cité: RIEMER, Stiftungen).

SPRECHER Thomas/EGGER Philipp/VON SCHNURBEIN Georg, Swiss Foundation Code 2021, Berne 2021 (cité: SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN, SFC 2021).

TRAJKOVA Reneta, Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde nach altem und neuem Recht – eine Dauerbaustelle, *in Défago Gaudin Valérie/Dupont Anne-Sylvie/Egli Patricia/Hari Olivier/Heimgartner Stefan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Leuba Audrey/Markus Alexander R./Perrin Bertrand/Rusch Arnold F./Schwander Ivo (éds), Aktuelle Juristische Praxis*, 2023, p. 547-559.

VEZ Parisima, *ad* Art. 80-89bis CC, *in* Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (éds), Code civil I. Commentaire romand, Bâle 2010 (cité: VEZ, CR CC-I).

WÜSTEMANN Tina, Familienpartizipation und gemeinnützige Stiftungen – rechtliche Herausforderungen und Chancen im nationalen und internationalen Kontext, *in* Jakob Dominique, Stiftung und Familie, Bâle 2015.

* * *