

2019|3

# EXPERT FOCUS

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung,  
Steuern, Rechnungswesen und Wirtschaftsberatung

Revue suisse pour l'audit, la fiscalité,  
la comptabilité et le conseil économique

Spezialnummer: Philanthropie  
Numéro spécial: Philanthropie

---

Personalized Philanthropy  
Investment-Readiness  
of Non-Profit Organisations  
Blockchain and Philanthropy

---

Sustainability Footprinting as a Tool to  
implement Mission-Related Investing

---

Profit and Non-Profit Purposes  
Gewinnorientierte und  
gemeinnützige Zwecke

---

Utilité publique et activité économique  
Philanthropie et TVA



# EXPERTsuisse Treuhandtagung 2019

Treuhandunternehmen zukunftsfähig machen  
11. April 2019 (Zürich, ganztags)

In diesem Jahr fragen wir uns, wie Treuhandunternehmen den technologischen Veränderungen, die unter dem Stichwort «Digitalisierung» zunehmend auch das Finanz- und Rechnungswesen durchdringen, begegnen können. Wir fragen weiter, was dies im Hinblick auf das Mandatsmanagement, die Kollaboration mit dem Kunden und für die Mitarbeitergewinnung und -führung bedeutet.

Die Fachtagung soll dabei einen ungezwungenen Austausch innerhalb der Treuhandbranche sowie zu Vertretern von EXPERTsuisse ermöglichen.

## Tagungsleiter

**Thomas Koller**, dipl. Treuhandexperte, Präsident Fachbereich Treuhand/Wirtschaftsberatung von EXPERTsuisse, Verwaltungsratspräsident und Partner, OBT AG, Zürich



Melden Sie sich noch heute an:  
[www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender](http://www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender)



**EXPERT  
SUISSE**

Wirtschaftsprüfung  
Steuern  
Treuhand

## UN REGARD NEUF SUR LA PHILANTHROPIE



Le pari de faire le point sur la belle réussite du Centre en philanthropie de l'Université de Genève, lieu d'échanges et d'innovation dans un domaine en pleine mutation, semble gagné. Il y a moins de deux ans, le Professeur Henry Peter créait le Centre en philanthropie à l'Université de Genève. Bien que très jeune, ce Centre est déjà devenu une référence dans les milieux académiques et professionnels, et connaît un rayonnement important.

**La philanthropie, un sujet complexe.** Les réflexions sur l'état actuel et les perspectives de cette discipline sont abordées dans une succession d'articles éclairant diverses facettes de la philanthropie. Ils sont le reflet des échanges et des activités en cours au Centre. Les auteurs abordent la complexité du sujet avec les exigences élevées imposées aux chercheurs et aux professionnels tout en maintenant un style accessible à un public plus large.

**Une prise de conscience.** Le moment de la publication de ce numéro n'est pas le fruit du hasard. Dans un monde où la

disruption ne s'arrête pas au contexte des entreprises, de nos institutions politiques et publiques, de la société, et où notre mode de penser et de fonctionner sera profondément impacté par ces changements, le philanthrope fait entrevoir une nouvelle voie. Epic, une fondation new-yorkaise, a par exemple pour mission de lutter contre les inégalités sociales. Elle a créé des organisations à but non lucratif (OBNL) ainsi que des entreprises sociales, les propose à des donateurs sélectionnés selon leur impact social, le mode de gouvernance et les finances, et conclut ainsi: «ce modèle fait migrer la philanthropie de la charité à l'impact social».

**Faire avancer les choses.** L'action en faveur de l'intérêt collectif, les fondations qui se dotent de nouveaux outils au service de leur mission d'intérêt général ainsi que cette volonté d'engagement ont un impact sur la société d'aujourd'hui et de demain. L'indispensable place de l'éthique, de valeurs telles que la considération, l'ouverture, l'entraide, la réciprocité et la solidarité contribuent à une croissance responsable. La philanthropie englobe toutes ces valeurs et les promeut dans l'optique d'un monde meilleur.

*Anne-Françoise Betz, Directrice de la Rédaction Suisse romande*

## EIN NEUER BLICK AUF DIE PHILANTHROPIE

Nun liegt sie vor: eine erste Bilanz über den Erfolg des Zentrums für Philanthropie an der Universität Genf als Ort des Austauschs und der Innovation für einen Sektor, der einem tiefgreifenden Wandel unterliegt. Vor knapp zwei Jahren gründete Professor Henry Peter das Zentrum für Philanthropie an der Universität Genf. Schon heute ist das noch junge Zentrum in akademischen Kreisen und unter Praktikern eine Referenz und verzeichnet einen wachsenden Einfluss.

**Philanthropie – ein komplexes Thema.** Eine Reihe von Artikeln beleuchtet den aktuellen Stand und die Perspektiven der Philanthropie sowie deren diverse Facetten. Die Artikel spiegeln den Austausch und die Aktivitäten des Zentrums wider. Die Autoren gehen die Komplexität des Themas mit wissenschaftlichem Anspruch an, achten jedoch darauf, dass sie für die breite Öffentlichkeit verständlich bleiben.

**Sensibilisierung.** Es ist kein Zufall, dass diese Ausgabe jetzt erscheint. In einer Welt, in der nicht allein Unternehmen, politische und öffentliche Institutionen und die Gesellschaft disruptivem Wandel unterliegen, sondern in der auch unser

Denken und Handeln massive Veränderungen durchläuft, zeigt der Philanthrop neue Wege auf. Die New Yorker Stiftung Epic beispielsweise will soziale Ungleichheit bekämpfen. Sie gründet gemeinnützige Organisationen und Sozialunternehmen und empfiehlt sie Spendern, die nach sozialer Wirkung, Unternehmensführung und Finanzkraft ausgewählt werden. Sie kommt zum Schluss: «Mit diesem Modell verlagert sich die Philanthropie von der Wohltätigkeit hin zur gesellschaftlichen Wirkung».

**Die Entwicklung vorantreiben.** Auf das Gemeinwohl ausgerichtetes Handeln, Stiftungen, die sich für ihre gemeinnützige Mission neuer Instrumente bedienen, sowie die Bereitschaft zum Engagement bleiben nicht ohne Wirkung auf die Gesellschaft von heute und morgen. Der unverzichtbare Stellenwert der Ethik und Werte wie Rücksichtnahme, Offenheit, gegenseitige Hilfe, Reziprozität und Solidarität tragen zu einem verantwortungsvollen Wachstum bei. All diese Werte schliesst die Philanthropie ein und fördert sie – im Interesse einer besseren Welt.

*Anne-Françoise Betz, Redaktionsleitung Westschweiz*

STANDPUNKT / LE POINT SUR ...

*Anne-Françoise Betz*

- 111 **Éditorial: Un regard neuf sur la philanthropie**
- 111 **Editorial: Ein neuer Blick auf die Philanthropie**

*Henry Peter*

- 114 **Le point sur ...: Une perspective académique et pluridisciplinaire de la philanthropie**
- 115 **Standpunkt: Eine wissenschaftliche, interdisziplinäre Betrachtung der Philanthropie**

IN DER TIEFE / EN PROFONDEUR / IN DEPTH

**UNTERNEHMENSBERATUNG /  
CONSEIL D'ENTREPRISES /  
BUSINESS CONSULTING**

*Emma Tieffenbach*

- 116 **La science du don**  
Pourquoi les gens donnent-ils? Une hypothèse influente est qu'ils cherchent à éprouver le plaisir de donner (warm glow-feeling). Les experts semblent s'être fait chacun une idée intuitive de ce plaisir typiquement philanthropique. La disparité de leurs conceptions autorise à se demander s'ils parlent vraiment de la même chose.

*Giuseppe Ugazio*

- 121 **Personalized Philanthropy**  
Philanthropy is characterized by a tension between promoting moral values aimed at increasing humanity's quality of life and the material cost incurred to achieve said goal. Material values and preferences are well captured by computational models of choice; however, little is known about moral values: can computation models of choice explain moral preferences?

*Georg von Schnurbein*

- 125 **Investment-Readiness of Non-Profit Organisations**  
Most NPOs are used to receiving donations or state funding. They are highly skilled at fundraising or negotiating subsidies. However, in recent years, a new type of funding has emerged: social investors are following a different logic to solving social problems and financing projects.

*Nelson Amaya*

- 129 **Transparency in International Philanthropy**  
The article discusses how to build an international knowledge base for philanthropy, and how to mitigate the drawbacks from the lack of a data-sharing culture in the philanthropic sector.

*Peter Vogel, Malgorzata Kurak, Johannes Huebner*

- 133 **Blockchain and Philanthropy**  
In this article the authors seek to address the opportunities and threats put together with adopting blockchain in the giving space.

*Vincent Pfammatter, Adrien Alberini, Kevin Guillet*

- 137 **Data Protection and the Swiss Non-Profit Sector**  
The new GDPR marked an unprecedented change in the EU data protection landscape. Charities are concerned by these changes, even if they are Swiss-based entities and do not aim for profits. Similarly, international organizations cannot fully ignore this new legislation. Exceptions and specificities apply however to such entities.

**CORPORATE GOVERNANCE**

*Giulia Neri-Castracane*

- 143 **Interactions between Philanthropy and CSR**  
This article reviews the interactions between CSR and philanthropy, in the context of their contribution to sustainable development and the common good, based on their main differences and similarities, particularly from a Swiss law perspective.

*Guillaume Jacquemet*

- 150 **Effective Corporate Governance of Foundations**  
Nonprofits – especially foundations – are increasingly expected to operate as effectively as possible and, in recent years, calls for improved accountability and transparency have become more strident than ever.

*Philipp Krueger*

- 158 **Sustainability Footprinting as a Tool to implement Mission-Related Investing**  
Traditionally, philanthropic organizations have separated grant-making from endowment management. This article discusses how the concept of sustainability footprinting can be used to better align endowment management and philanthropic objectives.

**RECHT / DROIT / LAW**

*Henry Peter, Livia Ventura, Delphine Bottge,*

*Vincent Pfammatter*

- 163 **Profit and Non-Profit Purposes**  
How do legal systems in Switzerland and abroad innovate to blend for-profit and non-profit purposes in a common endeavour and serve two masters at once? The present article provides a general overview of various types of hybrid entities and tandem structures in Switzerland and abroad.
- 166 **Gewinnorientierte und gemeinnützige Zwecke**  
Wie können die Rechtssysteme im In- und Ausland erneuert werden, um gewinnorientierte Zwecke mit gemeinnützigen zu verbinden und zwei Herren auf einmal



zu dienen? Der vorliegende Artikel gibt einen allgemeinen Überblick über verschiedene Arten von Hybridgesellschaften und Tandemstrukturen in der Schweiz und im Ausland.

*Livia Ventura*

### 170 **The Social Enterprise Development and the Birth of Hybrid Entities**

This article provides a general overview of several new types of hybrid entities, blending for-profit and not-for-profit purposes.

*Vincent Pfammatter*

### 175 **Hybrid Entities in Switzerland**

Swiss law does not contain a dedicated legal form for hybrid entities or benefit corporations. This short article intends to provide a panorama overview of the Swiss legal framework and the possibilities offered by the current legal system.

*Delphine Bottge*

### 180 **Shareholder Foundations (Holding Foundations) in Switzerland**

Companies held by foundations are of considerable economic importance in Northern Europe, as well as in Switzerland, although they are still largely unknown and seldom used there. This article proposes a functional definition of the shareholder foundation under Swiss law and raises some of the legal and tax issues involved.

*Loïc Pfister*

### 185 **La modification du but d'une fondation**

Cette contribution présente les options pour modifier le but d'une fondation. Elle signale la pratique et la procédure tout en relevant certaines incohérences et se prononce enfin sur quelques réformes.

*Anne Laure Bandle*

### 190 **The Artist as Philanthropist: The Complex Role of Artists' Foundations**

Artists and their heirs increasingly dedicate time and resources to establish institutional structures that manage their legacy and estate.

### 194 **Der Künstler als Philanthrop: Die komplexe Rolle von Künstlerstiftungen**

Künstler und deren Erben wenden immer mehr Zeit und Ressourcen auf, um institutionelle Strukturen zu schaffen, die ihr Erbe und ihren Nachlass verwalten.

*Aline Kratz-Ulmer*

### 199 **Ein philanthropischer bzw. gemeinnütziger Trust für die Schweiz**

In diesem Artikel wird die Frage geklärt, ob im Rahmen der Diskussionen rund um die gesetzliche Regelung von Trusts in der Schweiz nicht gleichzeitig die Einführung eines Trust-ähnlichen gemeinnützigen bzw. philanthropischen Rechtsinstituts thematisiert werden sollte.

*Philipp Fischer*

### 204 **Qualification juridique des Social Impact Bonds**

La LSFIn, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, définira les termes d'«instrument financier» et de «valeur mobilière». Cette contribution examine comment ces opérations de levée de fonds devraient être qualifiées à l'aune du nouveau cadre réglementaire suisse.

## STEUERN / FISCALITÉ / TAXES

*Henry Peter, Benoît Merkt*

### 209 **Utilité publique et activité économique**

Les entités à but non lucratif – dont la fondation et l'association sont les principales formes juridiques en Suisse – n'ont pas l'interdiction d'exercer une activité lucrative. La plupart d'entre elles exercent d'ailleurs bien une telle activité, au même titre que d'autres acteurs économiques. Les limites posées par l'administration fiscale sont restrictives, et pas toujours justifiées.

*Giedre Lideikyte Huber*

### 215 **Activité à but lucratif d'une entité d'utilité publique exonérée d'impôt**

L'activité commerciale d'une entité fiscalement exonérée est sujette à des limites bien précises établies par le législateur. Le non-respect de ces limites entraîne un risque de perte du statut exonéré, avec toutes les conséquences en découlant. Le fondement de cette condition d'exonération ainsi que ces limites font l'objet de la présente contribution.

*Alexandre Lambelet, Philip Balsiger, Romain Carnac, Caroline Honegger*

### 218 **Philanthropy, Tax Expenditures and Competitive Neutrality**

Tax expenditures shift responsibilities for policies promoting the public good to tax administrations. This poses practical difficulties to administrators who have to apply general rules and definitions to specific cases.

*Xavier Oberson*

### 223 **Philanthropie et TVA**

En règle générale, les institutions d'utilité publique, notamment les associations ou les fondations actives dans le domaine de la philanthropie, sont exonérées des impôts directs, dans la mesure où certaines conditions sont réalisées. La situation est plus complexe en matière de TVA.

### 232 **Philanthropie und MWST**

Im Allgemeinen sind gemeinnützige Einrichtungen, insbesondere wohltätige Vereine oder Stiftungen, von allen direkten Steuern befreit, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Auf dem Gebiet der MWST ist die Lage komplexer.

## UNE PERSPECTIVE ACADÉMIQUE ET PLURIDISCIPLINAIRE DE LA PHILANTHROPIE



Il a été dit que la philanthropie peut se définir comme «voluntary giving for the public good». Il est possible qu'il en existe une meilleure définition, mais celle-ci capte bien les deux composantes essentielles de la philanthropie: son caractère volontaire et le fait qu'elle vise le bien, c'est-à-dire l'intérêt public. Or, nous vivons indiscutablement un

moment clé de l'histoire où, simultanément, la prise de conscience, les sensibilités et la nécessité d'agir dans ce sens augmentent de façon exponentielle. Ceci se traduit de différentes manières, dont la finalité – et en tout cas les effets – sont convergents. On peut citer à cet égard la corporate social responsibility, l'entrepreneuriat social, les critères ESG, les objectifs de développement durable, l'investissement responsable, l'économie circulaire, etc.

Leur point focal est le même: l'intérêt sociétal, soit le bien commun, est prioritaire, et ce dans une perspective durable, c'est-à-dire à long terme, voire perpétuelle. Sont concernés tant les entrepreneurs que les entreprises, les investisseurs, les consommateurs, les fondations et associations, leurs organes et leurs bénéficiaires, les conseillers en tout genre, l'administration publique et donc aussi les États.

**Pluridisciplinarité et innovation.** C'est pour créer un lieu de réflexion, de recherche et d'enseignement académiques que l'Université de Genève, avec le soutien de plusieurs importantes fondations, a créé en 2017 un Centre consacré à la philanthropie. La particularité de celui-ci est de s'intéresser au sujet d'une manière à la fois pluridisciplinaire et innovatrice. Les disciplines concernées sont en effet autant les sciences humaines (psychologie, éthique, droit, etc.) que celles qui se veulent exactes (économie, neurosciences, etc.). L'approche choisie résulte de la constatation que la philanthropie est par nature transversale, et que les sujets pertinents sont aujourd'hui souvent à l'interface des disciplines classiques.

**Une plateforme d'échange créative et professionnelle.** Convaincu du caractère essentiel et très actuel de ces thèmes, Expert Focus a bien voulu offrir au Geneva Centre for Philanthropy (GCP) la possibilité de consacrer ce numéro à la philanthropie. Ce fascicule réunit dans cet esprit des contributions

originales qui, de façon souvent complémentaire, approfondissent différents aspects de la matière. Cette opportunité est l'occasion de réunir des articles rédigés par des experts, qu'ils soient professeurs chercheurs, Academic fellows du GCP ou avocats spécialisés dans ce domaine.

Conformément à la mission d'Expert Focus, les textes sont relativement brefs. C'est un choix délibéré, sachant que chacun des sujets traités pourra donner lieu à des articles

---

*«Les sujets pertinents sont aujourd'hui souvent à l'interface des disciplines classiques.»*

plus approfondis qui seront publiés dans des revues scientifiques spécialisées. Mais un des avantages de ce recueil est précisément de réunir des textes qui, ordinairement, se trouveraient dispersés.

**Un fil conducteur, des sujets multiples.** Les 21 articles figurant dans le présent cahier ont été organisés comme une sorte de parcours. Sans pouvoir tous les citer, on mentionnera la réflexion initiale consacrée aux motivations des philanthropes et à la pertinence de celles-ci. Ce texte est suivi d'une analyse relevant de la «philanthropie comportementale», un néologisme que l'on pourrait définir comme étant l'application des principes de la théorie comportementale à la philanthropie, puis de considérations consacrées aux critères appropriés afin de déterminer si une organisation non profit dispose des caractéristiques nécessaires pour pouvoir être – mériter d'être – financée. D'autres articles tout aussi innovateurs s'intéressent à l'utilisation de la blockchain dans le cadre de la philanthropie ou traitent des entités hybrides, ou encore répondent à l'importante question de savoir quel est l'impact des nouvelles régulations en matière de protection de données (GDPR) sur le secteur non profit. D'autres contributions mériteraient d'être mentionnées ici, mais celles qui viennent de l'être suffiront probablement à susciter l'intérêt du lecteur.

*Henry Peter, Prof., Dr en droit, Directeur du Centre en philanthropie de l'Université de Genève*

# EINE WISSENSCHAFTLICHE, INTERDISZIPLINÄRE BETRACHTUNG DER PHILANTHROPIE



Eine der geläufigsten Definitionen des Begriffs Philanthropie lautet «voluntary giving for the public good». Obwohl es bessere Definitionen geben mag, gibt diese gut die beiden Grundprinzipien der Philanthropie wieder: freiwilliges Handeln und die Ausrichtung auf das Gemeinwohl. Zweifellos befinden wir uns derzeit an einem entscheidenden Augenblick der Geschichte, an dem die Bewusstseinsbildung, die Sensitivitäten und die Notwendigkeit, in diesem Sinne zu handeln, gleichzeitig exponentiell zunehmen.

Dies zeigt sich auf verschiedene Arten, deren Endzweck – und jedenfalls deren Auswirkungen – konvergieren. Beispiele dafür sind etwa die Corporate Social Responsibility, ESG-Kriterien, die Ziele für nachhaltige Entwicklung, verantwortungsvolles Anlegen und die Kreislaufwirtschaft.

Der Fokus ist bei allen ein und derselbe: Das gesellschaftliche Interesse, also das Gemeinwohl, hat Priorität – und zwar nachhaltig, das heisst langfristig. Fortwährend betroffen sind Unternehmer ebenso wie Unternehmen, Anleger, Konsumenten, Stiftungen und Verbände, deren Organe und Begünstigte, Berater jeglicher Art, die öffentliche Verwaltung und somit auch die Staaten.

**Interdisziplinarität und Innovation.** Als die Universität Genf mit Unterstützung mehrerer bedeutender Stiftungen im Jahr 2017 ein der Philanthropie gewidmetes Zentrum gründete, wollte sie einen Ort der wissenschaftlichen Reflexion, Forschung und Bildung schaffen. Die Besonderheit des Forschungszentrums liegt in seinem interdisziplinären, innovativen Ansatz. Beteiligt sind sowohl geisteswissenschaftliche Disziplinen (etwa Psychologie, Ethik und Recht) als auch solche, die sich als exakte Wissenschaften bezeichnen (Wirtschaft, Neurologie usw.). Der Ansatz wurde aufgrund der Feststellung gewählt, dass Philanthropie von ihrem Wesen her fachübergreifend ist und die einschlägigen Themen heute häufig an der Schnittstelle der klassischen Disziplinen anzusiedeln sind.

**Plattform für einen kreativen, professionellen Austausch.** Überzeugt von der Wesentlichkeit und Aktualität dieser Themen hat Expert Focus dem Geneva Centre for Philanthropy angeboten, die vorliegende Ausgabe dem Thema

Philanthropie zu widmen. So wurden in diesem Heft Originalbeiträge zusammengestellt, die häufig ergänzend zueinander verschiedene Facetten dieses Themas vertiefen. In die aktuelle Ausgabe wurden Artikel aufgenommen, die von Experten verfasst wurden – seien es Wissenschaftler, Academic Fellows des Geneva Centre for Philanthropy oder auf dieses Gebiet spezialisierte Anwälte.

Gemäss dem Auftrag von Expert Focus sind die Texte relativ kurz gehalten. Diese Entscheidung wurde bewusst und in dem Wissen getroffen, dass die behandelten Themen als Ausgangspunkt für eingehendere Untersuchungen dienen können, die in wissenschaftlichen Spezialpublikationen veröffentlicht werden. Einer der Vorteile dieser Sammlung besteht aber gerade darin, Texte an einem Ort zu versammeln, die normalerweise breit gestreut publiziert würden.

**Ein roter Faden, eine Vielfalt von Themen.** Die 21 Beiträge, die im vorliegenden Heft versammelt sind, wurden als eine Art Parcours durch die Philanthropie konzipiert. Ohne hier alle nennen zu können, sei auf die einleitenden Überlegungen zur Motivation von Philanthropen und deren Relevanz hingewiesen. Auf diesen Text folgt eine Analyse aus der «Verhaltensphilanthropie» – ein Neologismus, der als Anwendung der Grundsätze der Verhaltenstheorie auf die Philanthropie definiert werden könnte. Daran schliessen sich Überlegungen zu der Frage an, mit welchen Kriterien sich bestimmen lässt, ob eine gemeinnützige Organisation über die notwendigen Eigenschaften verfügt oder es «verdient», finanziert zu werden. Weitere ebenso innovative Artikel behandeln den Einsatz von Blockchain im Rahmen der Philanthropie oder befassen sich mit hybriden Einheiten. Andere wiederum bemühen sich um Antworten auf die Frage, wie sich die neue Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) auf den Non-Profit-Sektor auswirkt. Die übrigen Beiträge würden es ebenfalls verdienen, hier erwähnt zu werden. Ich hoffe, mit den oben angesprochenen Themen das Interesse der Leser geweckt zu haben.

*Henry Peter, Prof. Dr. iur., Universität Genf,  
Leiter des Geneva Centre for Philanthropy*

# LA SCIENCE DU DON

## Le warm glow feeling, une théorie de l'altruisme impur

**Pourquoi les gens donnent-ils? Une hypothèse influente est qu'ils cherchent à éprouver le plaisir de donner (warm glow-feeling). Mais les experts semblent s'être fait, chacun de leur côté, une idée intuitive de ce plaisir typiquement philanthropique. La disparité de leurs conceptions autorise à se demander s'ils parlent vraiment de la même chose.**

### 1. LES MOTIVATIONS DU PHILANTHROPE

**1.1 «The last good rich person».** Agnes Gund a dédié sa vie à l'art et la philanthropie. Au cours des cinquante dernières années, elle a fait don au Museum of Modern Art de New York d'environ huit cents peintures et sculptures issues de sa fameuse collection d'œuvres avant-gardistes. En 2017, elle se sépare de *Masterpiece*, le Roy Lichtenstein le plus prisé de sa collection, et consacre les 165 millions de dollars ainsi obtenus au financement d'un programme visant à réformer le système judiciaire américain. Agnes Gund serait-elle «the last good rich person»? [1], demande l'auteur d'un portrait élogieux paru récemment dans la presse américaine. Reste que, on l'apprend également dans cet article, soixante ans d'activités caritatives ont sérieusement entamé la fortune de cette reine de la philanthropie. La question s'impose, dès lors, naturellement: Pourquoi Agnes Gund donne-t-elle (autant)? Pour la gloire? Une lecture superficielle du personnage pourrait le faire penser. Elle est l'une des donatrices les plus auréolées de sa génération, mais aussi l'une des plus discrètes, qui n'accepte les médailles qu'avec embarras et détourne les éloges vers les artistes qu'elle subventionne. Est-ce l'ambition de bousculer le monde de la philanthropie par des initiatives qui combinent, de façon inédite, l'art et le social? Peut-être. Agnes Gund vient d'être couronnée du titre de *2018 Philanthropy Innovator* par le *Wall Street Journal* [2]. A moins que Gund, héritière gâtée de la fortune bancaire de son père, ne soit mue par la culpabilité? Il s'agit, en tout cas, du motif qu'elle confesse, invariablement, quand on lui pose la question.



EMMA TIEFFENBACH,  
CHARGÉE DE COURS,  
DÉPARTEMENT DE  
PHILOSOPHIE, UNIVERSITÉ  
DE FRIBOURG,  
ACADEMIC FELLOW DU  
CENTRE EN  
PHILANTHROPIE DE  
L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

**1.2 Une science du don.** Depuis une vingtaine d'années, la générosité d'individus comme Agnes Gund, tout comme celle de donateurs beaucoup moins bien lotis, qui dédient une partie de leurs ressources à l'avancement de causes d'intérêt public, sont au centre de plusieurs programmes de recherche en psychologie et en économie expérimentale. Jusque-là négligées, les motivations du philanthrope font aujourd'hui l'objet d'un nombre suffisamment important d'études pour que l'on parle désormais d'une «science du don» [3]. Les organisations philanthropiques dépendent de contributions privées, sous la forme de transferts monétaires, de legs de biens, de dons d'organes ou d'activités bénévoles. Dans la mesure où ces contributions sont volontaires [4], on veut comprendre ce qui les motive. Le projet nécessite le déploiement d'un large éventail de mécanismes psychologiques. La science du don se distingue, en effet, par le foisonnement des hypothèses – concurrentes ou complémentaires, théoriques ou empiriques, testées en laboratoire ou sur le terrain – qu'elle avance à propos des motivations du philanthrope.

**1.3 Le plaisir de donner.** Les trois premières sections de cet article tentent de mettre un peu d'ordre dans la multitude de ces hypothèses, en les regroupant sous les bannières respectives des «incitatifs» (section 1), de l'«altruisme pur» (section 2) et de sa variante «impure» (section 3). Les partisans de l'altruisme impur, qui sont légion, expliquent le don en fonction de la plaisante sensation qui motiverait le sacrifice d'une partie de ses ressources personnelles – y compris, dans certains cas, de ses organes vitaux – au bénéfice des autres [5]. L'altruisme impur, aussi connu sous le nom de «warm-glow feeling», «helper's high», «joy of giving» [6], rencontre un succès certain au sein de la profession économique qui pense pouvoir, grâce à elle, faire l'économie de ces dispositions altruistes dont la conceptualisation, au sein du modèle économique de la maximisation de l'utilité, est notoirement compliquée [7]. Mais ce projet, dans la lignée de la tradition cynique, de ramener «l'amour de l'humanité» à ses motivations intéressées est compromis par la confusion conceptuelle qui règne au sujet de ce «warm-glow feeling». Vu l'intérêt manifeste que suscite la théorie de l'altruisme impur, visible dans



la profusion des études empiriques qui lui sont consacrées, on s'attendrait à ce qu'il y ait un consensus au sujet de la façon dont il doit être conceptualisé. En vérité, les experts semblent s'être fait, chacun de son côté, une idée intuitive de ce plaisir de donner, et la disparité de leurs conceptions, esquissées dans la quatrième section de cet article, autorise à se demander s'ils parlent vraiment de la même chose.

## 2. LES INCITATIFS

**2.1 Avantages, récompenses et récompenses.** En économie, les incitatifs sont des bénéfiques (ou des coûts) volontairement associés à certaines options dans le but de les rendre plus (ou moins) attractives. Les déductions fiscales sont un exemple souvent discuté d'incitatifs que les gouvernements utilisent pour encourager les donations privées [8]. Les organisations philanthropiques sollicitent les dons, quant à elles, par les privilèges (les concerts privés, la visite des coulisses de l'opéra, une réduction sur les achats, etc.) qu'elles réservent à leurs donateurs. Quoique les incitatifs soient souvent financiers ou matériels, ils peuvent aussi prendre la forme de petits cadeaux (tasses, sacs, stylos, etc.) ayant valeur symbolique de remerciements, ou encore, la forme immatérielle d'une promesse de visibilité.

**2.2 Un pouvoir limité.** S'ils sont souvent utilisés pour motiver les gens à donner, l'effet réel de ces incitatifs reste toutefois limité, ou difficile à évaluer.

**2.2.1 L'efficacité controversée des déductions fiscales.** Les déductions fiscales sont-elles efficaces? La réponse dépend, bien sûr, de la compréhension que l'on a des buts qui sont, ou devraient être, visés par ces déductions. S'agit-il par exemple, d'augmenter le nombre, le volume, la fréquence ou le timing des donations? En supposant que ces déductions fiscales influencent positivement le don, faut-il plutôt mesurer leur efficacité en fonction du nombre, de la diversité, et de la complémentarité vis-à-vis du financement étatique, des biens publics que ces déductions sont supposées encourager? Selon Rob Reich, la valeur incitative de ces déductions fiscales doit être évaluée en comparant le volume, la diversité et la complémentarité des biens publics qu'elles permettent de financer, d'une part, à ceux que l'Etat aurait financés avec l'argent «perdu» de ces déductions, d'autre part (Reich, 2011, 182–85). Reich met en évidence les difficultés inhérentes au projet de mesurer l'efficacité des déductions fiscales à l'aune des paramètres de cette situation contrefactuelle.

**2.2.2 Des effets contre-productifs.** Les compensations financières accordées aux donneurs de sang sont un autre exemple d'incitatifs dont le pouvoir motivationnel est controversé. Certains prédisent que ces compensations auraient, si elles étaient autorisées, pour effet d'augmenter le nombre d'organes disponibles (Sollow 1972, Arrow 2009). Dans *The Gift Relationship*, Titmus fait, au contraire, la prédiction que ces compensations pourraient saper l'esprit de communauté des individus. Bruno Frey a, par la suite, invoqué l'effet d'éviction (*crowding out effect*) pour expliquer cet effet (Frey, 1997). Les incitatifs découragent les dons spontanés parce qu'ils

agissent comme des motivations extrinsèques qui entrent en conflit avec les motivations intrinsèques des donateurs. Un individu qui serait intrinsèquement motivé à faire un don peut voir les cadeaux qui lui sont promis en retour comme niant les motivations gratuites qui l'animent. En bref, les incitatifs font insulte à ceux qui donnent sans compter. Une

«Les déductions fiscales sont-elles efficaces?

La réponse dépend, bien sûr, de la compréhension que l'on a des buts

qui sont, ou devraient être, visés par ces déductions.»

étude récente montre que, non seulement les gestes de remerciement (les tasses, sacs, stylos, parapluies) n'ont pas l'effet prévu d'augmenter la fréquence des dons, ils auraient même pour effet d'en réduire le volume (Chao, 2017). L'explication proposée est que ces petits cadeaux sont des récompenses extrinsèques qui modifient l'état d'esprit des individus en les orientant vers des attitudes calculatrices.

**2.2.3 Don ou échange?** On peut distinguer théoriquement deux cas de figure qui, en pratique, se confondent facilement. Le premier cas est celui du cadeau qui est offert *en contrepartie* au don. Le cadeau (p. ex. le concert privé offert *ex post* aux donateurs) est dicté, dans ce cas, par une norme de réciprocité. Le second cas de figure est celui où le concert privé est promis *ex ante* à la donatrice, et à *condition* qu'elle s'engage à faire un don. Parce que le concert n'est pas, dans ce deuxième cas, offert rétroactivement, il n'est pas certain qu'il s'agisse, à proprement parler, d'un cadeau. En effet, si le concert privé est donné, non pas en retour, mais à condition d'un engagement de la part du donateur, alors on peut se demander si ce concert n'est pas un *service* que l'organisation philanthropique vend, sous la forme d'une promesse conditionnelle, à ses bienfaiteurs. Si c'est le cas, on peut se demander combien de ces «dons rémunérés» [9] sont, en fait, comme dans le cas qui vient d'être décrit, des échanges?

## 3. L'ALTRUISME PUR

**3.1 Paradigme de l'acte altruiste.** La philanthropie est souvent citée comme exemple paradigmatique d'actions altruistes. Selon Daniel Batson, les «donateurs et bénévoles» sont à compter parmi les «cas éloquents d'aides héroïques» au même titre que les «justes», les sauveteurs et les pompiers qui témoignent de l'existence bien réelle de l'altruisme (Batson, 2011). Zell Kravinsky, ce philanthrope américain qui a fait don de son rein à un étranger après avoir légué la quasi-intégralité de sa fortune, est l'incarnation zélée de cet «altruisme efficace» qui contraint les donateurs à choisir les organisations philanthropiques qui optimisent le mieux les dons qu'elles reçoivent. Certes, il arrive que, au sein des cla-

rifications conceptuelles qui sont proposées de l'altruisme, tel exemple, fictif ou réel, d'actes de charité, ou tel cas particulier de don d'organe, jouent le rôle de contre-exemple. Mais c'est alors souvent pour montrer que les apparences sont trompeuses: que l'égoïsme peut prendre l'apparence altruiste d'une action philanthropique. Ou, à l'opposé comme c'est peut-être le cas de Kravinsky, pour montrer que le don altruiste peut pécher par excès. C'est donc un présupposé largement partagé par ceux qui s'évertuent à cerner l'altruisme que de concevoir l'activité philanthropique comme étant, par défaut, un de ces exemples les plus incontestables.

**3.2 En quel sens la philanthropie est-elle altruiste?** En novembre 2018, Michael Bloomberg fait l'engagement de donner 1.8 milliard de dollars afin que «l'accès à l'université ne dépende plus de la capacité à en payer les frais d'inscription» [10]. Le mois suivant, Hans-Jörg Wyss lui emboîte le pas en faisant part de sa décision «d'aider à la conservation des terres et des océans dans le monde entier» par le don d'un milliard de dollars [11]. Qu'est-ce qui nous permet, dans ces deux cas, de parler de dons altruistes? Le fait qu'ils coûtent à leurs auteurs et bénéficient à leurs destinataires? Cette définition comportementaliste omet intentionnellement de rapporter les bénéfices de l'acte philanthropique aux intentions de leurs auteurs. Cependant, si les bénéfices des dons n'étaient pas aussi leurs buts, mais des effets obtenus par hasard, il n'est pas certain que l'on puisse parler d'altruisme à propos des actes qui les ont rendus possibles (Schefczyk and Peacock, 2010). D'où l'intérêt d'une définition motivationnelle de l'altruisme. Le donateur est altruiste s'il est mû par la perspective d'obtenir des bénéfices publics.

**3.3 La rationalité instrumentale de l'altruisme pur.** Les variétés de l'altruisme motivationnel sont nombreuses. On s'en tiendra, dans cet article, à l'une de ses variantes les plus influentes, connue sous le nom d'«altruisme pur» (Becker, 1974), qui postule que le philanthrope retire de l'utilité de l'obtention des biens publics qui sont financés par une organisation philanthropique, qu'il ait, lui-même, contribué au financement de ces biens public, *ou pas*. La pureté de l'altruiste, ainsi conçue, tient à ce qu'il considère sa contribution personnelle comme étant parfaitement substituable à celle des autres donateurs. Contrairement au donateur impur, qui préfère que le financement d'un bien public ait été rendu possible (en partie) grâce à ses dons à *lui*, ce genre de considération narcissique n'a pas de prise sur l'altruiste pur. Ce dernier veut le bien, mais ne tient pas à ce que ce soit lui, en particulier, qui le fait. Ses propres donations n'ont pas plus de valeur, à ses yeux, que celles des autres. Plutôt que de désintéressement, il vaudrait mieux parler, à son sujet, de rationalité instrumentale accomplie, qui lui fait évaluer le don (encore une fois, le sien ou celui des autres) en fonction *seulement* des bénéfices que l'on peut en attendre. L'altruisme efficace, que prône Peter Singer, est une variante de cet altruiste pur, qui préconise de verser aux organismes caritatifs qui optimisent le mieux, en prolongeant le plus de vies possible, l'argent qu'ils réussissent à mobiliser (Singer, 2009).

## 4. L'ALTRUISME IMPUR

**4.1 Le plaisir de donner.** Si les donateurs réels étaient de purs altruistes, les dons effectués par les autres les dissuaderaient de contribuer eux-mêmes à la même cause. Or, cet effet d'éviction (*crowding out effect*) ne s'observe pas sur le terrain, certaines études ayant mis en évidence l'existence d'un effet attractif (*crowding in effect*) opposé. L'altruiste impur est, quant à elle, indifférente à la dimension stratégique de ses choix philanthropiques. Ce ne sont pas les activités philanthropiques de ces pairs qui l'influencent, mais «la douce sensation qu'elle retire de l'action de donner, indépendamment des conséquences que son action a, ou pourrait avoir, sur ses bénéficiaires» (Andreoni, 1989, je traduis). Ce «warm glow feeling», comme le baptise Andreoni, est un slogan bien connu des campagnes de don de sang: «Give 'till it feels good». Les circonstances dans lesquelles la générosité a l'effet hédonique ici vanté ont également fait l'objet de nombreuses études. Nous savons, par exemple, que dépenser de l'argent est plus gratifiant lorsqu'on achète pour les autres plutôt que pour soi (Dunn *et al.*, 2008), lorsqu'on peut identifier spécifiquement, plutôt que statistiquement, les bénéficiaires de son don (Small and Loewenstein, 2003), lorsque l'on peut communiquer avec eux (Andreoni and Rao, 2011), ou lorsque la cause servie possède une valeur sentimentale aux yeux du donateur (Breeze, 2010; Berman *et al.*, 2018). «I donate to the Royal Society for the protection of Burds (RSPB)», confie un des sujets de ces études, «because bird watching is one of my great obsessions. It's a kind of treat to myself.» (Breeze, 2010). Des études montrent aussi l'inefficience des dons motivés par le *warm glow*, les donateurs ayant tendance à multiplier l'expérience hédonique du don en donnant *un peu* à *plusieurs* organisations, alors que la somme globale versée aurait eu un meilleur impact si elle avait été versée à un seul de ces organismes (Null, 2011).

**4.2 Une notion programmatique.** En dépit de la quantité de travaux empiriques qui lui sont consacrés, le *warm glow feeling* reste énigmatique. Les chercheurs qui l'invoquent se contentant de le conceptualiser en termes de «sensation interne plaisante», le *warm glow feeling* est, de fait, assimilé par ceux qui l'investiguent à un grand nombre de processus mentaux, plus ou moins connectés entre eux, parmi lesquels:

- i. une préférence pour l'acte même de donner, indépendamment des effets bénéfiques de cet acte (Andreoni, 1989, 1990);
- ii. une obligation éthique non instrumentale (Dawes and Thaler, 1988);
- iii. l'image positive, ou la bonne réputation (Glazer, 1996);
- iv. une forme d'amour-propre, une occasion de s'auto-congratuler (Kahneman, Knetsch, 1992);
- v. la fierté d'agir de façon altruiste (Saito, 2015);
- vi. une forme de gratitude (Amegashie, 2006);
- vii. une forme de culpabilité, ou plutôt le soulagement d'en être épargné par le don (Andreoni *et al.*, 2017);
- viii. une combinaison de certains des processus i. à vii.

La confusion créée par le nombre important de conceptions disparates du plaisir de donner est problématique. En parti-

culier, l'absence de consensus rend difficile la recherche interdisciplinaire sur le sujet.

## 5. LA VALEUR MORALE DU WARM-GLOW GIVER

Certaines études montrent que les personnes qui ont des raisons intéressées d'aider les autres sont perçues comme étant moins dignes d'éloges (Carlson and Zaki, 2018; Lin-Healy and Small, 2012). Il est raisonnable de supposer que la même dépréciation morale affecte les donateurs hédonistes dont il est question dans cet article. Mais pourquoi le plaisir de donner diminuerait-il la qualité morale des actions qu'il motive? Nous nous contenterons ici d'esquisser trois réponses différentes à cette question, sans essayer de trancher.

**5.1 L'objection anti-hédoniste.** Une réponse possible est que la dimension hédonique du plaisir de donner est responsable de la dévaluation qui affecte ceux qui en font l'expérience. Au vu du plaisir inattendu qu'il a lui-même pris à faire le bien est aussi le motif secret de la plupart des actes de charité, Valmont se demande si «ce que nous appelons les gens vertueux, n'ont pas tant de mérite qu'on se plaît de dire» (Choderlos de Laclos, 2011). Peut-être que l'on peut comprendre le plaisir coupable que Valmont évoque ici de la façon suivante. L'effort déplaisant qu'une personne endure pour atteindre une fin morale est généralement considéré comme méritant l'admiration (Sorensen, 2010), et le plaisir de donner prive celui qui l'éprouve de cette raison-là de l'approuver.

**5.2 L'objection de simonie.** D'autres pourraient défendre que ce n'est pas le plaisir éprouvé qui est moralement suspect, mais le fait de le rechercher, d'en faire le but de l'action philanthropique. Dan Haybron donne voix à cette seconde variante de la condamnation morale du *warm glow*:

One might ... engage in philanthropy solely to make oneself happier, and indeed work hard at fine-tuning one's assistance to maximize the hedonic payoff. This sort of conduct would not obviously instantiate the virtue of compassion or kindness, and indeed might be reasonably deemed contemptible (Haybron, 2011).

**5.3 L'objection du pharisaïsme.** Une troisième possibilité est de considérer que c'est la dimension égocentrique du *warm glow feeling* qui désavoue ceux qui en font l'expérience. Le plaisir de donner est, selon une des conceptions évoquées plus haut, l'amour-propre du donneur qui donne dans le but

de former un jugement éthique sur sa personne. Kahneman et Knetsch défendent cette version-là de l'altruisme impur lorsqu'ils affirment que donner son argent revient à «acheter de la satisfaction morale» (Kahneman and Knetsch, 1992). Mais donner dans le but d'être une bonne personne, n'est-ce

«Comprendre pourquoi, et dans quelles circonstances, les dons philanthropiques profitent, sous la forme d'une sensation agréable, à leurs auteurs présente un intérêt pratique évident.»

pas déjà prêter trop attention à sa personne pour être la bonne personne que l'on prétend être? Si c'est le cas, le pharisaïsme serait finalement le vice qui guette le philanthrope en proie au plaisir de donner.

## 6. CONCLUSION

Comprendre pourquoi, et dans quelles circonstances, les dons philanthropiques profitent, sous la forme d'une sensation agréable, à leurs auteurs présente un intérêt pratique évident. Cela offre la perspective d'accroître la fréquence, le volume des dons, ou encore d'influencer le comportement des donateurs vers des choix plus efficaces. De tels enjeux pratiques sous-tendent de manière évidente la science du don. L'hypothèse du *warm glow feeling*, comme j'ai essayé de le montrer dans cet article, soulève également une série de questions fondamentales, notamment sur les limites conceptuelles de l'action philanthropique. Elle pose la question de la nature du don philanthropique, de ce qui le distingue du don entre amis, d'une part, et de l'échange économique, d'autre part. Elle invite à se demander si le donateur est, ou non, un simple consommateur: si donner n'est qu'une façon comme une autre de dépenser son argent. Elle appelle, enfin, à réfléchir sur la moralité de l'activité philanthropique, et notamment sur la question de savoir si ce plaisir de donner en diminuerait éventuellement la valeur morale. Toutefois, les progrès faits sur ces questions dépendront d'une conceptualisation du *warm glow* qui, de l'aveu-même de ses partisans [12], reste encore à proposer. ■

**Notes:** 1) Bernstein (2018). 2) Blasberg (2018). 3) Oppenheimer and Olivola (2011). 4) Certains systèmes fiscaux offrent le choix, à titre d'alternative à un transfert obligatoire, de dédier une partie de ses revenus à une organisation non gouvernementale de son choix. Ce que la personne imposable choisit, dans ce cas, c'est la destination de son transfert, le transfert lui-même demeurant obligatoire. On peut, dès lors, se demander si cette option, présentée comme une «donation» de la part de la personne imposable, en est vraiment une. Cf. Silvestri (2015). 5) Voir la section 3.1 de cet ar-

ticle. 6) Jon Elster parle d'un «effet Valmont», en référence au passage dans *Les liaisons dangereuses*, où Valmont, se sachant espionné par Madame de Tourvel, cherche à toucher sa charité en faisant l'aumône à une famille. Lorsqu'il rapporte ensuite l'événement à Madame de Merteuil, Valmont lui confie être «étonné du plaisir que l'on prend à faire le bien» (Elster, 2011) 7) Hirschman (1984), Schefczyk and Peacock (2010). 8) Les déductions fiscales ne sont pas unanimement comprises, comme nous le présumons ici, comme des incitatifs. Selon Andrew, par exemple, les déductions fiscales sont

des ajustements qu'il est justifié d'accorder «à chaque fois que l'argent est dépensé pour d'autres buts que celui de consommer ou de s'enrichir» (Andrew, 1972, 325). Les dons philanthropiques n'étant pas, selon Andrew, des actes de consommation, ils ne doivent pas faire partie du revenu imposable. 9) Sur la question de savoir si la catégorie juridique des «dons rémunérés» sont des dons, à proprement parler, voir Zimmerman 1996, chapitre XVI «Donatio». 10) New-York Time, 18.11.2018 11) Bloomberg (2018). 12) Par exemple Andreoni et ses co-auteurs admettent le caractère encore pro-

grammatique de la théorie du warm-glow: «The warm-glow hypothesis provides a direction for research rather than an answer to the puzzle of why people give – the concept of warm-glow is a placeholder for more specific models of individual and social motivations» (Andreoni et al., 2017).

**Bibliographie:** ▶ Amegashie, J. Atsu. 2003. Economics, Gratitude, and Warm Glow. *Journal of Public Economics*. ▶ Andreoni, James, Rao, Justin M., Trachtman Hannah. 2017. Avoiding the task. *A Field Experiment on Altruism, Empathy, and Charitable Giving, Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, 125(3), 625–653. ▶ Andrew, William D. 1972. Personal Deductions in an Idea Income Tax, *Harvard Law Review*, 86, 309–385. ▶ Arrow, Kenneth J. 1972. Gifts and Exchanges, *Philosophy and Public Affairs*, 1, 343–362. ▶ Batson, Daniel. 2011. *Altruism in Humans*. New York: Oxford University Press. ▶ Berman Jonathan Z. et al. 2018. Impediments to Effective Altruism: The Role of Subjective Preferences in Charitable Giving, *Psychological Science*, 29(5), 834–844. ▶ Bernstein, Jacob. 2018 (3 novembre), Is Agnes Gund the Last Good Rich Person?, *The New York Times*, récupéré le 1 janvier 2019 depuis <https://www.nytimes.com/2018/11/03/style/agnes-gund-philanthropy.html>. ▶ Blasberg, Derek. 2018 (31 octobre), How the Record-Breaking Sale of a Lichtenstein Painting Changed Agnes Gund's Life, *The Wall Street Journal*, récupéré le 1 janvier 2019 depuis le site du WST: <https://www.wsj.com/articles/how-the-record-breaking-sale-of-a-lichtenstein-painting-changed-agnes-gunds-life-1540999406>. ▶ Bloomberg, Michael. 2018 (18 novembre), Michael Bloomberg: Why I'm Giving \$1.8 Billion for College Financial Aid, *The New York Times*, récupéré sur le site du New York Times à <https://www.nytimes.com/>

2018/11/18/opinion/bloomberg-college-donation-financial-aid.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage. ▶ Breeze, Beth. 2010. How donors choose charities: Findings of a study of donor perceptions of the nature and distribution of charitable benefit. Alliance Publishing Trust. récupéré le site d'Alliance à <http://www.alliancemagazine.org/members/pdfs/howdonorschoosesecharities.pdf>. ▶ Carlson Ryan W, Zaki Jamil. 2018. Good deeds gone bad: Lay theories of altruism and selfishness, *Journal of Experimental Social Psychology*, 75, 36–40. ▶ Chao Matthew. 2017. Demotivating incentives and motivation crowding out in charitable giving. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 114(28), 7301–7306. ▶ Choderlos de Laclos, Pierre. 2011. *Les Liaisons dangereuses*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade. ▶ Dawes, Robyn M., Thaler Richard H. 1988. Anomalies: Cooperation, *The Journal of Economic Perspectives*, 2 (3), 187–197. ▶ Dunn, E.W. et al. 2008. Spending money on others promotes happiness. *Science*, 319, 1687–1688. ▶ Elster, Jon. 2011. The Valmont effect: The warm-glow theory of philanthropy, in Thomas Pogge, Patricia Illingworth et Leif Wenar (éd.), *The Ethics of Philanthropy*, Oxford University Press, 67–83. ▶ Frey, Bruno. 1997. Not Just for the Money. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. ▶ Glazer, A. Konrad, K.A. 1996. A signaling explanation for charity. *American Economic Review*, 86, 1019–1028. ▶ Haybron, Dan. M. 2088. Happiness. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Récupéré le 9 janvier 2019 sur le site de la SEP à <https://plato.stanford.edu/entries/happiness/>. ▶ Hirschman, Albert. 1984. Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse, *American Economic Review*, 74 (2), 89–96. ▶ Kahne-

man, Daniel & Knetsch, Jack L. 1992. Valuing public goods: The purchase of moral satisfaction, *Journal of Environmental Economics and Management*, 22(1), 57–70. ▶ Lin-Healy, F., & Small, D. A. 2012. Cheapened altruism: Discounting personally affected prosocial actors. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 117(2), 269–274. ▶ Null, Clair. 2011. Warm glow, information, and inefficient charitable giving. *Journal of Public Economics*, 95 (5–6), 455–465. ▶ Oppenheimer, D. M., Olivola, C.Y. (eds.). 2011. *The Science of Giving: Experimental Approaches to the Study of Charity*. New York, NY: Psychology Press Taylor & Francis Group. ▶ Reich, Rob. 2011. *Toward a Political Theory of Philanthropy*, Patricia Illingworth, Thomas Pogge, Leif Wenar (eds.), *Giving Well: The Ethics of Philanthropy*, Oxford University Press. ▶ Saito, Kota. 2015. Impure altruism and impure selfishness. *Journal of Economic Theory*, vol. 158, issue PA, 336–370. ▶ Schefczyk, Peacock, 2010. Altruism as a Thick Concept, *Economics and Philosophy* 26 (2): 165–187. ▶ Singer, Peter. 2009. *The Life You Can Save: Acting Now to End World Poverty*. Random House, New York. ▶ Silvestri, Paolo. 2015. Anthropology of freedom and tax justice: between exchange and gift. *Thoughts for an interdisciplinary research agenda, Teoria e Critica della Regolazione Sociale* 2, 115–132. ▶ Small, D.A. & Loewenstein, G. 2003. Helping a Victim or Helping the Victim: Altruism and Identifiability, *Journal of Risk and Uncertainty*, 26 (1), 5–16. ▶ Sollow, Robert S. 1971. Blood and Thunder, *Yale Law Journal*, 80, 1696–1711. ▶ Sorensen Kelly. 2010. Effort and Moral Worth, *Ethical Theory and Moral Practice*, 13(1), 89–109. ▶ Titmuss, Richard M. 1970. *The Gift Relationship*. Allen and Unwin.

# EXPERT FOCUS

La revue mensuelle pour l'audit, la comptabilité,  
le conseil en entreprise et le conseil fiscal

Souscrivez à un abonnement sous  
[www.expertsuisse.ch/shop](http://www.expertsuisse.ch/shop)

Les membres d'EXPERTsuisse bénéficient  
d'un abonnement annuel gratuit.



**EXPERT  
SUISSE**

Audit  
Fiscalité  
Fiduciaire



# PERSONALIZED PHILANTHROPY

## Estimating moral and financial subjective values to explain preferences for philanthropy

**Philanthropy is characterized by a tension between promoting moral values aimed at increasing humanity's quality of life and the material cost incurred to achieve said goal. Material values and preferences are well captured by computational models of choice; however, little is known about moral values: can computation models of choice explain moral preferences?**

### 1. INTRODUCTION

Consider one of the most altruistic decisions one could make: donating one's organs to a person in need. For many, decisions like organ donations rely solely on the moral value associated with the duty of helping others (Courtney and Maxwell 2009; Ongley, Nola, and Malti 2014). For others, however, the decision on whether to donate organs or not results from a tradeoff between the moral values and material (e.g. financial) consequences of such decision. In line with this view, some governments recently passed legislations to regulate the sale of organs (Tabarrok 2010). The case of organ donation exemplifies a tension typical of philanthropic decisions: estimating the moral value of an action and comparing this value with the material costs that such action entail. In order to fully characterize philanthropic preferences and behavior, it is therefore crucial to fully understand how a person computes moral and material values, and how these are traded off by decision-makers.

While behavioral and neuroeconomics developed computational models to yield an accurate estimation of individual preferences for material goods (Glimcher and Fehr 2014; Kahneman 2009; Mullainathan and Thaler 2015; Volkman 2007), to date we do not have any strong evidence to inform us on how subjective moral values underlying moral preferences could be estimated. Developing an accurate measure for moral preferences will then allow us to study how moral and material values are compared and traded off by our brains in order to determine philanthropic preferences. In this paper, I propose a theoretical framework for developing computa-

tional models capable of accurately capturing subjective moral values. Jointly with the existing models used to estimate subjective values of material goods, these models could be used to estimate individuals' philanthropic preferences, defined as the result of an interaction between moral and material values.

### 2. MORAL DECISION-MAKING

Having a clear understanding of how humans make moral decisions is of critical importance on many practical levels. Indeed, moral decisions with severe consequences pervade many aspects of human life: for instance, doctors routinely face such decisions in the context of organ transplantations (e.g., if there are several candidate patients for one organ, [Courtney and Maxwell 2009]). Other examples involve peacekeeping soldiers who may have to decide whether to turn away refugees from an already full refugee camp, or rescuers who may have to decide whether to obey orders and refrain from saving immigrants crossing the Mediterranean sea (Krosch, Figner, and Weber 2012).

Given their importance, one can find a rich literature that looks at many facets of moral decisions. To date, however, the goal of most scientific approaches to morality has been to understand which elements influence human moral decisions. Previous research from several disciplines, including developmental (Kohlberg 1971) and cognitive psychology (Haidt 2012), neurosciences (Joshua David Greene 2015), and economics (Sanfey 2007), has highlighted the importance of several affective and cognitive processes that may contribute to moral decisions, including emotions (Schnall et al. 2008; Ugazio, Lamm, and Singer 2012; Valdesolo and Desteno 2006), estimates of the intentionality (Young and Saxe 2008) and deservingness (Kliemann et al. 2008) of the subject of a moral decision, and calculation of the probability and magnitude (Shenhav and Greene 2010) of the possible consequences of a moral decision.

However, given this extraordinary literature on the neurological and psychological mechanisms supporting moral decisions, it is remarkable how little we understand about



GIUSEPPE UGAZIO,  
EDMOND DE ROTHSCHILD  
FOUNDATIONS CHAIRED  
ASSISTANT PROFESSOR IN  
BEHAVIORAL PHILANTHRO-  
PY GENEVA FINANCE RE-  
SEARCH INSTITUTE, UNI-  
VERSITY OF GENEVA, GIU-  
SEPPE.UGAZIO@UNIGE.CH

how differences in moral preferences across individuals arise. In other words, we know rather well what may influence moral decisions, but we do not know how the underlying preferences guiding these decisions are formed. Given the

---

*“It is therefore hard to predict to which extent moral and financial subjective value estimations rely on shared psychological decision mechanism and are supported by similar neural regions and functions.”*

substantial role that moral preferences play in guiding philanthropic behavior, it is of critical importance to fill this gap of knowledge. One promising way to achieve this is to approach individual differences in moral preferences from the viewpoint of the *value* that people place on each of the moral options considered. Computations of values of choice options play a crucial role in many other forms of decision-making (e.g., economic for a review see [Schultz 2006]) and recent studies have proposed that comparable neural representations of value may also underlie moral decisions (Shenhav and Greene 2010). Thus, it is plausible to expect that we can account for individual differences in moral preferences by estimating how individuals estimate the values of the moral choice options they are considering.

Consider a practical application of such approach: the context of moral dilemmas, such as the “Trolley Dilemma” (Thomson 2008), that require a person to decide if it is morally required of them to directly harm a smaller number of people in order to save a greater one. Here is a brief description of the dilemma: A runaway trolley threatens to kill five people. The only way to save the five people is to push a stranger off the bridge, onto the tracks below. He will die if you do this, but his body will stop the trolley from reaching the others. Is it morally permissible to push this stranger off the bridge in front of the trolley?

Existing studies suggest that, on average, approximately seven people out of ten judge killing the stranger morally forbidden (Greene et al. 2004; Greene 2015), even if this would lead to saving five people. From a purely utilitarian view, this judgment is counterintuitive, as saving the lives of five people should have higher utility than not harming one person. The frequently observed refusal to endorse the harmful action has been suggested to result from a negative emotional reaction towards this action (Greene 2009). But: where do the individual differences between those who consider pushing morally required vs. forbidden come from?

### **3. ESTIMATING MORAL PREFERENCES: A VALUE-COMPUTATIONAL APPROACH**

From a value perspective, the decision whether to sacrifice one human life in order to save a number of others involves

computation and comparison of decision values for both moral options. Therefore, from this perspective, individual differences in moral decisions (i.e., whether it is morally required to sacrifice one human life in order to save five others) result directly from such value comparisons: for some, the subjective value of harming one human life exceeds that of saving five, hence they think it is morally inappropriate to sacrifice the one to save the five, while for others, who consider the sacrifice morally required, their subjective value of saving five lives exceeds that of sacrificing one life.

Concretely, it is possible to test if moral preferences can be accurately captured through estimates of subjective values, by parametrically manipulating two of the measurable elements composing moral decisions in the described dilemmas: *Magnitude* (i.e. the number) of the lives that one may save and moral *deservingness* of the people whose lives are at stake (for instance, if a person has been previously convicted for a felony). These two factors would not only be easy to manipulate experimentally, but more importantly have also been proposed to play an important role in moral decision-making (Kliemann et al. 2008; Shenhav and Greene 2010). By recording moral decisions in such dilemmas, it is thus possible to estimate for each respondent the influence of both of these factors on moral choice: the manipulation of magnitude is important for determining the moral value placed on the life that may be sacrificed. This can be achieved by estimating the minimum number of lives required for each participant to switch from the decision against the sacrifice to the choice for the sacrifice. The manipulation of deservingness, on the other hand, is important to estimate how moral values are

---

*“The intertemporal choice task is a standard tool used in behavioral economics that requires participants to decide between receiving a smaller amount of money soon and a larger amount of money after a longer period of time.”*

*discounted* by deservingness (i.e., how decreases in deservingness may result in lower moral values that influence moral judgments).

### **4. COMPARING DECISION PROCESSES FOR MORAL AND MATERIAL VALUES**

Intriguingly, this moral decision framework is deliberately designed to closely match a task frequently used in economics: i.e. the well-known intertemporal choice task (McClure et al. 2007). This task is used to estimate the economic preferences for rewards of material goods over time, as it entails decisions about financial or other primary rewards that can be received at varying times in the future. More in detail, the intertemporal choice task is a standard tool used in behavioral economics that requires participants to decide be-

tween receiving a smaller amount of money soon and a larger amount of money after a longer period of time. Studies with such standard tasks usually vary two variables, a) the difference between the smaller and the larger amount and b) the dimension of the time interval that one has to wait in order to get the larger amount of money (Green et al. 2004; Green

*“Several studies have shown that humans and animals have a strong preference (or impulse) towards rewards delivered sooner, in particular if a reward may be obtained immediately (McClure et al. 2007).”*

and Myerson 2004). Several studies have shown that humans and animals have a strong preference (or impulse) towards rewards delivered sooner, in particular if a reward may be obtained immediately (McClure et al. 2007). This preference has been explained by a mechanism called *temporal discounting*, referring to a de-valuation of the delayed reward with increasing time to the reward receipt, in a non-linear (often hyperbolic) fashion: theories of temporal discounting propose that the impulse of taking the immediate rewards is stronger the more one has to wait to receive the delayed reward.

Relying on the two tasks described, one can therefore measure in the same individuals their moral and financial preferences, respectively. Given the structural similarities between the two tasks, the proposed experimental paradigm provides an optimal framework to identify independently the neuro-cognitive mechanisms involved in economic and moral decisions respectively, as both entail the same fundamental elements involved in value discounting: magnitude-based valuation (the amount of lives saved/reward obtained) and a devaluing/discounting element (deservingness of the person to harm/time to wait in order to receive the reward). More in detail, one can crucially assess which elements of moral and economic decisions rely on shared vs. specific choice mechanisms. Leveraging on the similarity between estimations of discounting of moral and financial values is crucial, as it allows us to test if these two value discounting processes resemble each other – and potentially draw on similar brain processes. Indeed, with the aid of neuroscientific methods, such as functional magnetic resonance imaging (fMRI), one could test where in the brain these processes are computed and, most importantly, if individual differences in these two tasks result from overlapping vs. distinct neural processes.

## 5. COMPARING THE NEURAL BASIS OF MORAL AND FINANCIAL PREFERENCES

Whether moral and financial values are processed by similar or different psychological and brain processes has not been

studied thoroughly to date. In particular, value computations and discounting have rarely been studied in the moral decision-making domain. It is therefore hard to predict to which extent moral and financial subjective value estimations rely on shared psychological decision mechanism and are supported by similar neural regions and functions. One can expect that the two types of subjective values rely on partially similar brain processes: value computations based on magnitude are routinely found to correlate with neural activity in the striatum, the ventral-medial prefrontal cortex (vmPFC) and the medial orbitofrontal cortex (mOFC) across various choice contexts (e.g. concerning purchases (Hare et al. 2010); or financial rewards, (Kuhnen and Knutson 2005). Indeed, one previous study looking at estimations of expected values found similar patterns of neural activity correlating with magnitude also in a moral context (Shenhav and Greene 2010). Similarly, another study found that the subjective value of financial rewards in intertemporal choices correlated with activity with these brain areas (Kable and Glimcher 2007). Thus, this evidence suggests that moral and economic decision tasks may involve similar brain areas (Figner et al. 2010; Kable and Glimcher 2007; Shenhav and Greene 2010), although this overlap has never been directly investigated.

On the other hand, some behavioral studies proposed evidence supporting the view that moral and material values are not treated similarly by the brain, as in the case of crowding out (Frey and Jegen 2001). If this view is correct, and moral value computations are represented by distinct psychological and neural mechanisms, one can expect some differentiation in the neural mechanisms involved in discounting moral and economic values. This perspective finds support also by considering the very different nature of the element driving discounting across the two tasks (i.e. a more social element such as deservingness for moral value, and time for the economic value). Relying on indirect evidence from existing neuroscientific studies of moral decision-making, it is plausible to hypothesize that one of the brain areas poten-

ANZEIGE



Die smarte  
Toolbox für  
Revisionen

www.revio.ch

revio



tially specialized in computing moral subjective values, and not financial values, is the right temporo-parietal junction (rTPJ). This brain area has been found to be involved in the representation of social situations and processing attributions of social intentions, theory of mind, and false beliefs (Cushman and Young 2011; Saxe, Carey, and Kanwisher 2004; Sip et al. 2008). Instead, as mentioned above, with respect to brain areas specifically involved in processing subjective financial values, one can expect to identify neural mechanisms embedded in more prefrontal brain areas, particularly in the vmPFC (Kable & Glimcher 2010).

## 6. CONCLUSION: ESTIMATING PHILANTHROPIC PREFERENCES

In this paper, philanthropic behavior is proposed to be driven by an interaction of moral and material preferences. To fully understand philanthropic preferences, I argued that we need to be able to a) measure accurately the subjective values underlying moral and material values, and b) compare the decision mechanisms that determine moral and financial preferences, respectively. While the latter have been analyzed in detail, the former need to be studied more in depth. To this end, I proposed a theoretical framework and, more concretely, an

experimental paradigm that would allow us to achieve these aims. If this endeavor proves to be successful, one can use this theoretical framework and similar experimental designs to

*“To fully understand philanthropic preferences, I argued that we need to be able to a) measure accurately the subjective values underlying moral and material values, and b) compare the decision mechanisms that determine moral and financial preferences, respectively.”*

investigate how moral and material preferences complement and compete with each other in order to shape philanthropic preferences. Ultimately, being able to capture philanthropic preferences will allow us to build scientifically informed models that predict under which circumstances people will be more likely engaged in philanthropic activities. ■

**References:** ▶ Courtney, Aisling E., and Alexander P. Maxwell. 2009. “The Challenge of Doing What Is Right in Renal Transplantation: Balancing Equity and Utility.” *Nephron – Clinical Practice* 111(1). ▶ Cushman, Fiery, and Liane Young. 2011. “Patterns of Moral Judgment Derive from Nonmoral Psychological Representations.” *Cognitive Science* 35(6): 1052–75. ▶ Figner, Bernd et al. 2010. “Lateral Prefrontal Cortex and Self-Control in Intertemporal Choice.” *Nature Neuroscience* 13(5): 538–39. <http://dx.doi.org/10.1038/nn.2516>. ▶ Frey, Bruno S., and Reto Jegen. 2001. “Motivational Interactions: Effects on Behaviour.” *Annales d’Économie et de Statistique*. ▶ Glimcher, Paul W., and Ernst Fehr. 2014. “Introduction: A Brief History of Neuroeconomics.” *Neuroeconomics*: xvii–xxviii. <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/B9780124160088000358>. ▶ Green, Leonard et al. 2004. “Discounting of Delayed Food Rewards in Pigeons and Rats: Is There a Magnitude Effect?” *Journal of the experimental analysis of behavior* 81(1): 39–50. <http://www.pubmedcentral.nih.gov/articlerender.fcgi?artid=1284970&tool=pmcentrez&rendertype=abstract>. ▶ Green, Leonard, and Joel Myerson. 2004. “A Discounting Framework for Choice with Delayed and Probabilistic Rewards.” *Psychological Bulletin* 130(5): 769–92. ▶ Greene, Joshua D. et al. 2004. “The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment.” 44: 389–400. ▶ 2009. “The Cognitive Neuroscience of Moral Judgment.” *The cognitive neurosciences* 4: 987–99. ▶ Greene, Joshua David. 2015. *Moral Tribes?: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*. ▶ Haidt, J. 2012. “The Righteous Mind.” *Why Good People are Divided by Politics and Religion ...* (January): 1–508. [http://www.sce.cornell.edu/sce/altshuler/pdf/altshuler\\_review\\_20120301\\_460.pdf%5Cnpapers3://publication/uuid/AE91E6CE-E7BE-4F35-85A6-1007295862C3](http://www.sce.cornell.edu/sce/altshuler/pdf/altshuler_review_20120301_460.pdf%5Cnpapers3://publication/uuid/AE91E6CE-E7BE-4F35-85A6-1007295862C3). ▶ Hare, Todd a, Colin F. Camerer, Da-

niel T. Knoeplfle, and Antonio Rangel. 2010. “Value Computations in Ventral Medial Prefrontal Cortex during Charitable Decision Making Incorporate Input from Regions Involved in Social Cognition.” *The Journal of neuroscience: the official journal of the Society for Neuroscience* 30(2): 583–90. ▶ Kable, Joseph W., and Paul W. Glimcher. 2007. “The Neural Correlates of Subjective Value during Intertemporal Choice.” *Nature neuroscience* 10(12): 1625–33. <http://www.pubmedcentral.nih.gov/articlerender.fcgi?artid=2845395&tool=pmcentrez&rendertype=abstract>. ▶ Kahneman, Daniel. 2009. “Remarks on Neuroeconomics.” *Neuroeconomics*: 523–26. ▶ Kliemann, Dorit, Liane Young, Jonathan Scholz, and Rebecca Saxe. 2008. “The Influence of Prior Record on Moral Judgment.” *Neuropsychologia* 46(12): 2949–57. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18606175>. ▶ Kohlberg, Lawrence. 1971. “Stages of Moral Development.” *Moral education*: 23–92. ▶ Krosch, AR, B. Figner, and EU Weber. 2012. “Choice Processes and Their Post-Decisional Consequences in Morally Conflicting Decisions.” *Judgment and Decision Making*. ▶ Kuhnen, Camelia M., and Brian Knutson. 2005. “The Neural Basis of Financial Risk Taking.” *Neuron* 47(5): 763–70. ▶ McClure, Samuel M. et al. 2007. “Time Discounting for Primary Rewards.” *Journal of Neuroscience* 27(21): 5796–5804. <http://www.jneurosci.org/cgi/doi/10.1523/JNEUROSCI.4246-06.2007>. ▶ Mullainathan, Sendhil, and Richard H. Thaler. 2015. “Behavioral Economics.” In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*: Second Edition. ▶ Ongley, Sophia F., Marta Nola, and Tina Malti. 2014. “Children’s Giving: Moral Reasoning and Moral Emotions in the Development of Donation Behaviors.” *Frontiers in Psychology*. ▶ Sanfey, Alan G. 2007. “Decision Neuroscience: New Directions in Studies of Judgment and Decision Making.” *Current Directions in Psychological*

*Science* 16(3): 151–55. ▶ Saxe, R., S. Carey, and N. Kanwisher. 2004. “Understanding Other Minds: Linking Developmental Psychology and Functional Neuroimaging.” *Annual review of psychology* 55: 87–124. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14744211>. ▶ Schnall, Simone et al. 2008. “Disgust as Embodied Moral Judgment.” ▶ Schultz, Wolfram. 2006. “Behavioral Theories and the Neurophysiology of Reward.” *Annual review of psychology* 57: 87–115. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16318590>. ▶ Shenhav, Amitai, and Joshua D. Greene. 2010. “Moral Judgments Recruit Domain-General Valuation Mechanisms to Integrate Representations of Probability and Magnitude.” *Neuron* 67(4): 667–77. <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0896627310005817>. ▶ Sip, Kamila E., Andreas Roepstorff, William McGregor, and Chris D. Frith. 2008. “Detecting Deception: The Scope and Limits.” *Trends in Cognitive Sciences* 12(2): 48–53. ▶ Tabarrok, Alex. 2010. “The Meat Market.” *wsj.com*. ▶ Thomson, Judith Jarvis. 2008. “Turning the Trolley.” *Philosophy and Public Affairs* 36(4): 359–74. ▶ Ugazio, Giuseppe, Claus Lamm, and Tania Singer. 2012. “The Role of Emotions for Moral Judgments Depends on the Type of Emotion and Moral Scenario.” *Emotion* 12(3): 579–90. ▶ Valdesolo, Piercarlo, and David Desteno. 2006. “Manipulations of Emotional Context Shape Moral Judgment.” *Psychological Science* 17(6): 476–77. ▶ Volkman, Jacqueline M. 2007. “Behavioral Aspects of Financial Decision-Making.” *Dissertation Abstracts International Section A: Humanities and Social Sciences*. ▶ Young, Liane, and James Dungan. 2012. “Where in the Brain Is Morality? Everywhere and Maybe Nowhere.” *Social Neuroscience* 7 (April 2015): 1–10. ▶ Young, Liane, and Rebecca Saxe. 2008. “The Neural Basis of Belief Encoding and Integration in Moral Judgment.” *NeuroImage* 40(4): 1912–20.



# INVESTMENT-READINESS OF NON-PROFIT ORGANISATIONS

## Criteria to diagnose the investment-readiness level of a non-profit organisation

**Most non-profit organisations (NPOs) are used to receiving donations or state funding. They are highly skilled at fundraising or negotiating subsidies. However, in recent years, a new type of funding has emerged: social investors are following a different logic to solving social problems and financing projects. If NPOs want to secure a share of this increasing market, they have to understand how to present themselves as investment-ready.**

### 1. INTRODUCTION

In a recent survey, Swiss non-profit managers were asked about the future challenges facing non-profits. The three most pressing issues were “achieving financial sustainability” (60%), “raising awareness of our charity/cause” and “reductions in public/government funding” (Hengevoss/Berger 2018). Interestingly, positions 1 and 3 were identical in a similar study conducted among non-profit managers in the UK (CAF 2017). Additionally, recent scientific papers emphasise the changes in non-profit finance. New findings on topics such as administration costs (Lecy/Searing 2015), revenue diversification (von Schnurbein/Fritz 2017) and financial success (Helmig et al. 2014) are presented. An emerging field is the research on impact investing. Nowadays, many donors are operating as investors, i.e. they expect some kind of return for their charitable contribution. This return does not need to be financial, but it can be. As such, a project has to prove its impact, which leads to questions of evaluation and measurement. Building on this shift from donations to investments, new forms of support for NPOs have emerged, most notably social impact bonds (SIBs). However, impact investing goes far beyond SIBs. According to the GIIN 2018 Annual Impact Investor Survey, over USD 228 billion is invested in impact-related vehicles and projects. While private donations and state subsidies have been stagnating at a high level in recent years, impact investment assets are increas-

ing rapidly. Hence, Veugelers (2011) points out the risk of an investment-ready gap, referring to undersupply of investment-ready projects. Previous studies have shown that NPO leaders lack substantive knowledge on new social finance instruments, whereas social enterprises are very much up-to-date in terms of attracting social finance investors (Hebb 2012). Given the increasing amount available in impact-investing vehicles, NPOs should rethink their sceptical perception of impact investing. NPOs must therefore understand the core aspects of impact investing in order to make themselves attractive as investment partners. First, they have to know the concept behind social investment and the language and expectations of social investors. Second, they have to be able to prove that their organisation is “investment-ready”. This includes answering questions such as (Knowles 2014): Can you provide a business case capable of repaying investors? Can you isolate the project the investment will fund? Do you have robust measurement reporting for this programme? Do constituents support the idea of impact investment?

The aim of this paper is to provide a systematic concept of investment-readiness for NPOs that want to attract impact-investing funds to finance their operations. In the following, the theoretical concept and the term “investment-readiness” are explained. This concept is then adapted to the specific characteristics of non-profit organisations. We close with an outlook on the future of financing for non-profits.

### 2. INVESTMENT-READINESS

The term investment-readiness emerged from the field of SME and start-up financing, where investors often lack in-depth information on the firms of interest. Generally, it is defined as “...an investee being perceived to possess the attributes, which makes them an investible proposition by an appropriate investor for the finance they are seeking.” (Gregory et al. 2012, p. 6).



GEORG VON SCHNURBEIN,  
DR. RER. POL.,  
ASSOCIATE PROFESSOR  
OF FOUNDATION  
MANAGEMENT, DIRECTOR  
CENTER  
FOR PHILANTHROPY  
STUDIES (CEPS),  
UNIVERSITY OF BASEL

From a theoretical perspective, investment-readiness can be explained based on agency theory as a means of dealing with imperfect information and reducing information asymmetry (Hazenberg et al. 2015). Imperfect information refers to the low quality or even absence of information on investment projects. Information asymmetry highlights the difficulties investors experience in finding objective, comparable information before making their investments, as SMEs or start-ups are not compliant with stock market standards or other more transparent regulations. Both imperfect information and information asymmetry lead to substitution of proven facts by personal characteristics of people involved and gut feeling evaluations (Ferrary 2010).

From a business perspective, investment-readiness helps to build trust among the parties involved and facilitates risk management for the investor. Answering questions on investment-readiness makes NPOs aware of the needs of potential investors and enables them to provide adequate information and undertake preparations (Fellnhöfer 2015). Hence, investment-readiness includes both the supply and demand sides of financing, creating a holistic understanding of investing in non-profits (Clarkin et al. 2014).

However, the existing literature focuses heavily on the investor side, explaining why investors prefer investments with a solid investment-ready valuation (Hazenberg et al. 2015). This article puts the emphasis on the NPO as an investee and a contributor to investment-ready reporting.

### 3. CONCEPT OF INVESTMENT-READINESS FOR NPOS

In many ways, financing of NPOs resembles the situation of investors in SMEs and start-ups. There are few or no publication obligations, standards of accountability are simple and internal planning capacity is kept at low level due to a focus on the organisation's social mission. To date, NPOs have paid little attention to financing methods other than

*«Besides trust in the organisation and the people involved, investors' decisions are based on a thorough understanding of the funded project.»*

private donations, membership fees or state subsidies. They specialise in fundraising, grant writing or member value, but are ill-equipped to answer the demands of the new social investors. As shown before, this means neglecting a growing stream of revenue. NPOs should therefore start to improve their own investment-readiness in order to build trust with social investors and to better understand their interests and demands.

Given the categories and areas of investment-readiness as presented above, the following concept structures NPOs' investment-readiness into three categories: internal, problem and solution, and finance and investment (see figure). As

Figure: **ELEMENTS OF INVESTMENT-READINESS**  
(author's compilation)

<b>Internal</b>
The management of your organisation
<ul style="list-style-type: none"> <li>→ Stage of development</li> <li>→ Team and competencies</li> <li>→ Legal requirements and governance</li> <li>→ Documentation (project, financial forecast, impact evaluations, etc)</li> </ul>
<b>Problem and solution</b>
Your theory of change
<ul style="list-style-type: none"> <li>→ Demand</li> <li>→ Advantage</li> <li>→ Stakeholders and market</li> <li>→ Leverage and scale</li> </ul>
<b>Finance and investment</b>
The financing model
<ul style="list-style-type: none"> <li>→ Preferences on financing instruments (debt, loans, guarantees, equity, etc.)</li> <li>→ Potential for revenues</li> <li>→ Financial forecast and growth plan</li> <li>→ Key indicators</li> </ul>

shown in the literature review, the aim of investment-readiness is to reduce the information asymmetry between investors and investees and the uncertainty for investors about an investment project. An NPO must therefore provide information about itself, about the given project and about its expectations for success, e.g. the purpose-oriented and financial outcomes.

**3.1 Internal.** The reduction of information asymmetries implies that NPOs have to be able to provide general information about themselves. For investors it is important to know what *stage of development* an organisation is at. Recently established organisations are more flexible and more open to change, but at the same time an investment harbours greater risk of failure. Organisations in a growth stage are very dynamic, whereas those in a consolidating or mature stage are more stable and risk-averse. Depending on the type of investment, the different stages will be a better or worse fit. Additionally, the organisation has to provide information about the team and competencies. As there are no hard figures on the potential success of a project, investors will decide in large part based on the competencies of the people involved. Only when they trust the project leaders and organisational representatives, they will make a positive decision. As such, an investee has to provide information about the competencies, experiences and recent achievements of the people involved. Another factor of internal investment-readiness is information about the legal requirements and governance structure. Alongside general information about the legal structure of the organisation, legal requirements might contain specific information from tax authorities, e.g. how possible returns will be treated. The governance structure is of

great importance, as social investors sometimes want to be included in the supervision of the project. The investee needs clear regulation as to how such inclusion will be arranged. Otherwise, an investor might gain more influence than necessary or justified. Finally, the project needs to be well documented, not only in terms of facts and figures, but also in terms of communication and style. Investors are used to being sold ideas, and they are not convinced by principles or mission alone. Nevertheless, the documentation must address the most important financial, organisational and methodological aspects.

From a more general perspective, the development of industry standards of investment-readiness or different investment levels might be a useful approach, enabling individual organisations to access knowledge on how to improve their fit with investor demands.

**3.2 Problem and solution.** Besides trust in the organisation and the people involved, investors' decisions are based on a thorough understanding of the funded project. Starting from the needs on the part of beneficiaries, investees have to highlight the advantages of their project over existing projects, the potential stakeholders and the potential for leverage or scale. Social impact projects should have the potential to become sustainable. This is only possible if the project meets a real demand among beneficiaries. For example, a nutrition project based solely on an educational effort founded on assumptions may not necessarily meet existing demand, whereas a project reducing malnutrition following scientific findings on the ground might address better people's needs, and hence lead to greater involvement of beneficiaries in the future. The question of advantage is connected to this demand. The project is only attractive for investment if it cre-

ates leverage of utility, quality or other considerations compared with existing projects. Naturally, the investee cannot prove this advantage if the project has never been carried out before. A substantive description of the expected progress or advancement and a clear distinction versus existing projects

*«Alongside general information about the legal structure of the organisation, legal requirements might contain specific information from tax authorities, e. g. how possible returns will be treated.»*

is therefore needed. Me-too projects have their justification, but often they are better suited to grants than to investment support. In addition to the demand and the expected advantage, a comprehensive overview of the market and the stakeholders allows an investor to assess the project's potential for success. Highly frequented areas with many actors and constituents have the advantage of collaboration and acceptance. The downsides are oversupply and little improvement compared with existing projects. Areas with little attention show more potential for improvement and more attention in the event of success, but an investment is risky, as existing knowledge for support is scarce. The usual way of providing all the above information is the logic framework. It explains in a normative way the relationship between input, activities, output and outcome/impact for a given project.

Frumkin (2010) highlights the importance of leverage, change and scale in connection with the logic model of a specific project. Leverage increases the resources available as

ANZEIGE

## Arbeitszeiten und Spesen mobil erfassen

**i** Abacus Forum –  
Arbeitszeiterfassung  
21.03.2019 Wittenbach-SG  
11.04.2019 in Olten  
Anmeldung [abacus.ch/forum](http://abacus.ch/forum)



**Beschleunigen Sie Ihre Arbeitsprozesse mit der Business-App AbaCliK und vermeiden Sie Mehrfacherfassungen dank der Synchronisation mit der Abacus Business Software:**

- Präsenz- oder Arbeitszeiten
- Leistungen, Spesen, Quittungen
- Persönliche Daten, Ferientage oder Absenzen (ESS)

[www.abaclick.ch](http://www.abaclick.ch)

Jetzt kostenlos im App-Store oder im Play-Store herunterladen

**ABACLICK**  
by Abacus

input for a given project, change defines the activities, output and outcome, while scale refers to the capability to extend the consequences and realisation of the project beyond one's own organisation. Especially as an NPO is usually not able to provide hard facts on future results, it should be able to answer questions on the intended impact. In that context, non-profits might develop different realisation and result scenarios for their theory of change depending on the organ-

*«The question of advantage is connected to this demand. The project is only attractive for investment if it creates leverage of utility, quality or other considerations compared with existing projects.»*

isational development, different institutional frameworks, etc. For instance, a change in legislation might make a project's initial aims obsolete. In that case, the NPO should be immediately able to provide a different theory of change reflecting this institutional change.

**3.3 Finance and investment.** Before approaching an investor, an NPO should be clear about the types of financing it is seeking. The preferences might be very different, depending on the type of project, the beneficiaries, the risk level, etc. Debt and loans involve less risk and serve as an enlargement of the financial potential, but have to be fully repaid. Guarantees reduce financial pressure and may serve as an accelerator to start the project, but full activation of a guarantee is not usually expected. Other options such as equity are infrequently used and might cause many legal difficulties. As such, the investee has to be clear about what it can offer and what to expect in return. Closely connected to the choice of investment vehicles is the question of returns. Impact investors other than foundations are looking for projects that offer a below-market return (or even more, if possible). As such, the investee must present information about cash flows con-

nected to the project. The question of returns relates not only to the size of returns, but also to the source of cash flows. For example, in a typical social impact bond, the returns are not generated by the beneficiaries or the non-profit actor, but by the state.

The investee must also present a financial forecast and growth plan. Often, returns only materialise once the project output has been scaled up. Even though it is not the primary focus of a social project, investees should be familiar with special language such as breakeven, profit contribution and marginal costs. A growth perspective (or the absence thereof) is not only essential in financial terms, but also a basis for storytelling. Finally, the project description should contain some key indicators that the investee considers important in monitoring the development of the project. This will facilitate communication and understanding of the progress of the project between investor and investee.

#### 4. OUTLOOK

As pointed out at the start, the way NPOs are financed is changing, and NPOs are feeling more pressure to secure their funding. One solution to this problem is the increasing interest among investors in investing in social impact projects. However, these new investors are not to be considered as substitutes for foundations or state authorities. In order to attract financial resources from social investors, NPOs have to meet their requirements in terms of financial information, project outlook, and wording and communication. In particular, the responsible bodies of a NPO have to understand the logic behind a social investment, including trust-building information flow, the potential for return and a comprehensive logic model that wins out in a contest between many promising projects. The concept of investment-readiness presented in this article makes no claim to be exhaustive or accurate in every respect. However, it does give an idea of potential issues that NPOs should address if they want to attract money from social investors. Further research will be needed to show how non-profits respond to demands on social investors and if they are able to provide the necessary information, programmes and structures to win them over. Given the difficulties in securing state funding and enhancing private donations from individuals or foundations, further investigation of social and impact investment offers new opportunities for NPOs.

**References:** ► Charities Aid Foundation. (2017). Social Landscape 2017. Kent. ► Clarkin, J.E., Phan, P., Bacq, S., Nordqvist, M. (2014). Crowdfunding, Foundations, and Impact Investors as Sources of Financial Capital for Social Entrepreneurs. In P. Phan, S. Bacq and M. Nordqvist (ed.), *Theory and Empirical Research in Social Entrepreneurship*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 191–219. ► Fellnhöfer, K. (2015): Literature review: Investment readiness level of small and medium sized companies, *International Journal of Managerial and Financial Accounting*, 7(3/4), 268–284. ► Ferrary, M. (2010). Syndication of Venture Capital Investment: The Art of Resource Pooling. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 34(5), 885–907. ► Frumkin, P. (2010). *The Essence of Stra-*

*tegic Giving*. Chicago: The University of Chicago Press. ► Gregory, D., Hill, K., Joy, I., Keen, S. (2012). *Investment Readiness in the UK*, London: New Philanthropy Capital. ► Hazenberg, R., Seddon, F., Denny, S. (2015). *Intermediary Perceptions of Investment Readiness in the UK Social Investment Market*. *Voluntas*, 26, 846–871. ► Hebb T. (2012) *The Utilization of Social Finance Instruments by the Not-For-Profit Sector*, HRSDC, Gov. of Canada. Working Paper 12-02, Carleton Centre for Community Innovation, Carleton University. ► Helmig, B., Ingerfurth, S., Pinz, A. (2014). *Success and Failure of Nonprofit Organizations: Theoretical Foundations, Empirical Evidence, and Future Research*. *Voluntas*, 25(6), 1509–1538. ► Hengevoss, A., Berger, O. (2018). *Konjunkturbarometer – eine Trend-*

*analyse des Schweizer NPO-Sektors*. Basel: CEPS. ► Knowles, D. (2014). *Non-profit Leadership: Emerging Themes*. *The Journal of Family Office Investment*, 3(2), 38–41. ► Lecy, J.D., Searing, E.A.M. (2015). *Anatomy of the Nonprofit Starvation Cycle: An Analysis of Falling Overhead Ratios in the Nonprofit Sector*. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 44(3), 539–563. ► Veugelers, R. (2011). *Mind the Gap: Europe's Early Stage Venture Capital Deficit*. *Review of Business and Economic Literature*, 56(2), 206–223. ► von Schnurbein, G., Fritz, T.M. (2017). *Benefits and Drivers of Nonprofit Revenue Concentration*. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 46(5), 922–943.



# TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL PHILANTHROPY

## Solving a coordination problem\*

**Philanthropy is difficult to assess due to a scarcity of information, as grant makers and foundations produce mostly hard-to-codify, tacit knowledge. This hampers foundations' ability to coordinate with one another because they are unaware of each other's efforts. The article discusses how to build an international knowledge base for philanthropy, and how to mitigate the drawbacks from the lack of a data-sharing culture in the philanthropic sector.**

### 1. INTRODUCTION

International philanthropy has a knowledge problem. Despite the many expressions of philanthropy in different countries, contexts and moments in time, not much is known about how philanthropy works as a system, much less how giving compares between countries. In both the developed and the developing world, with the notable exception of the United States, philanthropy is rarely identified by national statistical systems, and most information available is second-order, for example deriving from tax returns for charitable donations or *ad hoc* studies on corporate and individual giving. While organised philanthropy discloses information about its objectives and activities voluntarily, for the most part it does so in an idiosyncratic manner; foundations that share information about their grants, funding disbursed or evidence on what they accomplish do so because of the preferences of their trustees, boards or those to whom they are solely accountable. Philanthropy thus operates in a decentralised, isolated manner, reflected in the lack of system-wide information.

In the development context, unlike other channels of financing for development such as *official development assistance* (ODA), private investment and even remittances, philanthropy in support of development has only recently been partially identified at an international level by the OECD. This has taken place firstly with the regular publication of the *Bill and Melinda Gates Foundation* data alongside ODA and secondly through a recent survey that included 143 of the largest foundations worldwide. This shed light on the volume and channels of financing towards developing countries on

behalf of the foundations, showing that philanthropic giving for development reached USD 8 billion on average between 2013 and 2015 (OECD, 2018). It also confirmed that philanthropy for development is concentrated in health and education, mostly in low to middle-income countries, and channelled through intermediary organisations such as the *World Health Organization* and other non-governmental organisations.

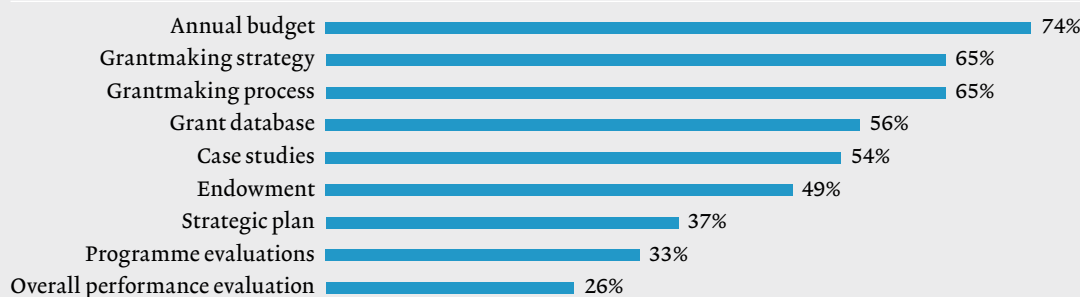
Why is it so difficult to understand philanthropy as a system? One reason is that philanthropy is organised in a way that creates and manages knowledge only between philanthropists and the organisations they support. This means that the type of knowledge produced within the philanthropic sector is implicit, or tacit: that is, knowledge that is not transferable without direct and continuous socialisation (Collins, 2010). The distinction between tacit and explicit knowledge is important because it defines the boundaries between organisations and their environments, and how much learning within an organisation can be transferred outwards, given that tacit knowledge is “[...] *experience-based: it can only be revealed through practice in a particular context and transmitted through social networks*” (Lam, 2000, p. 489). A relationship between a foundation and a specific grantee over the years can be a type of tacit knowledge, if it depends on the people who established and maintained that relationship in the first place; know-how of a particular process or obstacle that is difficult to communicate remains part of the tacit knowledge of an organisation. Accumulation of tacit knowledge increases organisational capacities, but if nothing is encoded along the way, no explicit knowledge can be shared outside of the organisation.

Unlike firms in the private sector, philanthropic organisations do not face a competitive market in which the information disclosed carries a competitive disadvantage. Yet, the majority of foundations still do not share information about what they do for multiple reasons: some do not want to lose operational freedom or expose their grantees to pressure from governments (OECD, 2018, p. 84). Also, preparing and sharing information is expensive, and perhaps more importantly, there are no social nor legal norms to standardise transparency in the philanthropic sector. The overreliance on



NELSON AMAYA,  
MPA, ECONOMIST, NETFWD  
COORDINATOR\*\*, OECD  
DEVELOPMENT CENTER,  
PARIS

Figure 1: **WHAT INFORMATION DO FOUNDATIONS SHARE OPENLY?**  
(Answers from 82 out of 143 foundation respondents)



% of foundations that shared each type of information

Source: OECD (2018)

tacit versus explicit knowledge might explain why philanthropy remains mostly unidentified: only a few foundations share their financial information, even fewer their grant-making process and results, and only a small subset of those publish evaluations of the effects of their philanthropy (Figure 1).

This article suggests that calls for transparency, despite being welcomed and necessary, are not sufficient to change the current standards, and that a more constructive approach that emphasises the relevance of information sharing could be successful in solving the knowledge problem in international philanthropy. The next section will describe a framework to understand why foundations do or do not share information, and consequently how a particular model of data consolidation can overcome the hurdle of limited transparency in international philanthropy.

## 2. THE COORDINATION OF KNOWLEDGE AND INFORMATION IN PHILANTHROPY

At the heart of the lack of transparency in international philanthropy lies a coordination problem. Given that philanthropy produces both tacit and explicit knowledge, the latter in the form of dedicated grants and related financial statements, earmarked funds and targeted population or grantees by geography, an opportunity arises for philanthropic organisations to incorporate a broader set of information into their decision-making process. If foundations stand to gain in allocative efficiency by incorporating information from other organisations doing related work, they can also gain from combining internal and external information into their decisions. However, foundations do not have enough extrinsic incentives to share information more broadly, and the framework below explains why this might be the case.

To capture the idea that the lack of transparency is in response to a coordination problem, a simple game in which foundations decide what information to share with others will prove helpful. In this framework, the information problem in philanthropy resides in individual foundations basing their grant-making and operational decisions on information only they have access to, as well as information other

foundations make available, using information directly as a factor of production into their objectives (Berczi, 1981). Information here is not considered, as it often is, as being related to the actions of others or the degrees of belief about different states of nature [1], but a direct factor of production used by philanthropic organisations to reach their objectives that reflects the tacit and explicit dimension of the information they can use.

Let  $t_i$  denote tacit knowledge in foundation  $i$ , which can be used at a cost  $c_t$ , and explicit knowledge  $e_i$ , at a cost  $c_e$ . Both types of information are combined to maximise the organisation's objective  $U_i$  independently of what the specific objective  $U_i$  of the organisation might be [2]. Tacit and explicit knowledge involve independent costs: a foundation can choose to use explicit knowledge or not, independently of its level of tacit knowledge. More importantly, foundations can combine internal tacit knowledge, together with *internal explicit knowledge* and *external explicit knowledge* from other foundations. For the latter two (that is, internal and external explicit information), we assume they can be combined: that is, a foundation can gain from being able to use their level of explicit knowledge together with that of other foundations. The key idea here is that explicit knowledge, once used, can be shared between organisations – which is something that tacit knowledge, by its very nature, cannot accomplish.

Foundation's  $i$  problem can be described by the following expression (1), which shows how a foundation maximises its objective function by combining tacit and explicit information, where explicit information from foundation  $i$  combines only with explicit information from all other foundations producing it (denoted foundations  $-i$ ) subject to the costs of using each type of information [3]:

$$\text{Max}_{t_i, e_i} U_i = f(t_i, g(e_i, e_{-i})) - c_t t_i - c_e e_i$$

From the formulation above, the more foundations use and share explicit knowledge, the more other foundations can incorporate additional information into their decision-making [4]. However, a foundation does not know whether others will use and share their explicit information and never-

theless needs to decide about its own use of explicit information, making this a strategic interaction captured by the term  $g(e_i, e_{-i})$ . In this case, the information sharing problem resembles a public goods game, where all involved would benefit from its provision, but no individual foundation has incentives to contribute if others do not do so as well.

For a simple illustration, consider the case of two foundations: A and B. Foundation A can choose to use explicit information  $e_A$  if foundation B uses explicit information  $e_B$ , so both can incorporate it into their respective objective functions and get a payoff of  $a = U(t_i, e_A, e_B)$ . If foundation A does not use and share explicit information, therefore not incurring the cost of using it, it can in any case use foundation B's explicit information  $e_B$  and receive a payoff of  $b = U(t_i, e_B)$ . If foundation A uses explicit information but foundation B does not, then it receives a payoff of  $c = U(t_i, e_A)$ . Finally, if neither foundation uses any explicit information, they do not incur the cost of doing so and have to rely solely on their tacit knowledge and receive  $d = U(t_i)$ . It follows that, under the conditions specified above, when the marginal benefit from explicit information does not offset the marginal cost of using and sharing it, the expected result [5] is that neither foundation will produce explicit information. In other words, there is a fully decentralised philanthropic system, where all foundations rely solely on their own tacit knowledge, much like the one observed. More importantly, as this framework shows, this need not be the product of a deliberate lack of transparency on the part of foundations, which cannot be readily solved, but simply the manifestation of a coordination problem.

**3. EXPLORING SOLUTIONS TO PHILANTHROPY'S COORDINATION PROBLEM**

What can provoke a transformation from not sharing explicit information, to foundations benefiting from each other's explicit knowledge? There are multiple ways of promoting cooperation in an uncooperative environment [6], but here we will focus on two features of a particular model based on: 1) *third-party information consolidation* and 2) *optional degree of disclosure*.

Introducing a third-party information compiler, in much the same way that national statistical agencies provide regular statistical information on industry performance at an aggregate level, can shift the payoff results from the coordination game through two channels. The first channel involves adding information to the pool of existing explicit

information, which increases the stock of available explicit information for common use. The second channel solves the simultaneity problem arising from foundations waiting for others to decide to share before doing so themselves. Let us discuss further how each channel contributes to solving the coordination problem.

The first of these channels is simply an additional source of information: the standardisation of philanthropy under the same classification as another financing-for-development flow like ODA. Given that, for the most part, ODA and philanthropy towards developing countries share many dimensions, such as targets, areas of work and geography, and the absence of a for-profit dynamic, the complementarity between both sources of information is evident. In this sense, the information encoding ODA integrates naturally with philanthropy in the development field, and the availability of both types of information can be incorporated into the objective function of foundations through  $g(e)$ , which we will denote  $g'(e)$  [7].

The second channel, which is more important than the first, overcomes the who-shares-information-first coordination problem. A neutral broker such as the OECD can coordinate information-sharing if it can credibly communicate to foundations that it will make this available under conditions that motivate those same foundations to share information in the first place. This follows from making the information available online and only up to the level that each foundation agrees to [8]. Foundations can, if they so choose, share information so that it is computed into the aggregates but not shared in its entirety, given that anonymisation is easily incorporated into the information consolidation process. This allows foundations to choose the level of explicit information shared openly without incurring a risk to their operations. This way, Foundation A can share its explicit information with the OECD and be able to identify how its own philanthropy compares with ODA in multiple dimensions (themes, locations, population targeted, etc.), gaining additional information it can incorporate into its objective function.

These two channels have already been applied by the OECD to partially solve the coordination problem. *Figure 2* summarises the coordination of explicit knowledge for the case of only two foundations, in the two scenarios posited: with and without a third-party compiler. In the first case, as described above, unless the marginal cost of producing explicit knowledge matches the marginal benefit, no explicit information will be used and shared. In the second case, if information

**Figure 2: COORDINATION OF EXPLICIT KNOWLEDGE**

Standard information-sharing problem			Information sharing with third-party (i.e. OECD)			
			Foundation B			
			Share	Keep		
Foundation A	Share	$a, a$	$c, b$	Share with 3 <sup>rd</sup> party	$\hat{a}, \hat{a}$	$c, b$
	Keep	$b, c$	$d, d$			

Pure strategy equilibrium goes from  $(d, d)$  to  $(\hat{a}, \hat{a})$  when  $g' > c$ , that is, when the value of publicly available information for each foundation is higher than the cost of producing explicit knowledge.

can be shared with a credible organisation that will make it available to all, due to the potential of explicit information to be a public good and the additional information from  $e_{ODA}$ , there exists an information value range [9] that would result in all foundations wanting to share information and collectively benefiting from its use due to the new higher payoff  $\hat{d} = U(t_i, e_A, e_B, e_{ODA})$ . In brief, when the value of publicly available information contributed by the third party is high enough, it can nudge foundations to use and share explicit information even when others are unwilling to do so, shifting the equilibrium from one where no use and sharing of explicit information occurs ( $d, \hat{d}$ ) to one where each foundation has an incentive to share ( $\hat{d}, \hat{d}$ ). This change is even more likely to happen the larger the stock of explicit information share becomes, due to the public good nature of information.

#### 4. TOWARDS A CULTURE OF TRANSPARENCY IN PHILANTHROPY

Transparency in philanthropy is not compelled, and only recently have foundations and philanthropists opened their activities up more widely to both research and scrutiny. Progress has been made in identifying international philanthropy in a consistent manner, by organisations such as the OECD and the *Foundation Center* [10] in the United States, among others. However, philanthropy remains stuck in the information isolation described by the framework above; domestic philanthropy in developing countries, in particular, remains for the most part invisible, particularly in large emerging economies such as India, Nigeria and China. As aggregate patterns of international philanthropy differ markedly from the philanthropy of individual foundations, how can systems of philanthropy be identified beyond case-by-case studies? How is the system of philanthropy in a given region, for instance in Africa, different from the sum of the resources each of its donors allocates and the results each individually accomplishes?

Foundations, as this article has proposed, are the key actors in solving the coordination problem for one reason: they hone the capabilities to organise explicit information. They can

produce explicit knowledge under the right circumstances, and this information can, in turn, be recombined for more general use as a public good. More importantly, this can be done while observing that foundations might not want to disclose every detail of their grant-making, making adherence and the degree of transparency voluntary and focusing only on what is comparable consistently. Organisations such as the *Bill and Melinda Gates Foundation*, the *Open Society Foundations*, the *Ford Foundation*, the *Children's Investment Fund Foundation*, the *Rockefeller Foundation* and many others have chosen to disclose granular information on their grant-giving through grants databases, while others contribute to information as a public good without openly disclosing information they want to remain private. In sum, the public good nature of information in international philanthropy can be built under differential constraints for each specific information provider, as the OECD has shown, which can help foundations coordinate with each other when they tackle development challenges.

The framework presented here illustrates a way of organising explicit information in international philanthropy and allows a culture of transparency to be gradually built in the sector, based solely on the usefulness of publicly available information. This can be achieved firstly by allowing foundations that want their data to be part of other foundations' decision-making processes to be compared consistently with other international financial flows and, secondly, by credibly offering different degrees of transparency to foundations that do not yet want to disclose all information about their philanthropy. This model has successfully identified USD 24 billion in philanthropic flows between 2013 and 2015 and continues to gather information about international philanthropy by establishing statistical partnerships with the largest foundations working for development – not only to reveal aggregate patterns that are not otherwise visible, but also to make it available and share it, so that it can be useful to philanthropists, international organisations, governments and all actors working to achieve Agenda 2030 on sustainable development. ■

**Footnotes:** \*The author would like to express his special thanks to Bathylle Missika and Emilia Etz, from the OECD Development Center Network, Partnerships and Gender Division, and to Cécile Sangaré, from the OECD Development Co-operation Directorate, for their helpful comments and suggestions.

\*\*Global Network of Foundations Working for Development (netFWD). **1)** See (Morris & Shin, 2002), (Slikker, Norde, & Tijs, 2003), (Angeletos & Pavan, 2007). **2)** See (Easley & O'Hara, 1983), (Gui, 1991), (Glaeser & Shleifer, 2001) and (James & Rose-Ackerman, 2013). **3)** The only assumptions made over function  $g$  are that

$$\frac{\partial g}{\partial e_i} > 0, \quad \frac{\partial^2 g}{\partial e_i^2} \leq 0, \quad \text{and} \quad \frac{\partial g}{\partial e_i} > 0, \quad \frac{\partial^2 g}{\partial e_i^2} \leq 0.$$

**4)** The assumption that more information is always better is contestable. However, organisations can always ignore additional information or place a stronger weight on prior information, but the description of this process lies outside of the scope of this article. **5)** That is, the best-response equilibrium of the game (i.e. Nash equilibrium). See (Osborne & Rubinstein, 1994). In this model we ignore mixed-

strategy equilibria, for simplicity. **6)** See (Axelrod & Hamilton, 1981) and (Nowak, 2006). **7)** Note that, by definition, this implies  $g'(e_i, e_i, e_{ODA}) > g'(e_i, e_i)$  because of how information is incorporated into the model. **8)** See <http://www.oecd.org/dac/stats/beyond-oda-foundations.htm>. **9)** Formally, when  $g' > c_i$  for all foundations. **10)** See (Foundation Center and the Council on Foundations, 2018).

**References:** ▶ Angeletos, G.-M. & Pavan, A. (2007). Efficient use of information and social value of information. *Econometrica*, 75(4), 1103–1142. ▶ Axelrod, R. & Hamilton, W.D. (1981). The evolution of cooperation. *science*, 211(4489), 1390–1396. ▶ Berczi, A. (1981). Information as a factor of production. *Business Economics*, 14–20. ▶ Collins, H. (2010). Tacit and explicit knowledge. University of Chicago Press. ▶ Easley, D. & O'Hara, M. (1983). The economic role of the nonprofit firm. The *Bell Journal of Economics*, 531–538. ▶ Foundation Center and the Council on Foundations. (2018). The state of global giving by U.S. Foundations 2011–2015. doi:<https://www.issuelab.org/resources/31306/31306.pdf>. ▶ Glaeser, E. L. & Shleifer, A. (2001). Not-for-profit entrepreneurs. *Journal of public economics*,

1(81), 99–115. ▶ Gui, B. (1991). The economic rationale for the “third sector”. *Annals of public and cooperative economics*, 62(4), 551–572. ▶ James, E. & Rose-Ackerman, S. (2013). *The non-profit enterprise in market economics*. Taylor & Francis. ▶ Lam, A. (2000). Tacit knowledge, organizational learning and societal institutions: An integrated framework. *Organization studies*, 21(3), 487–513. ▶ Morris, S. & Shin, H. S. (2002). Social value of public information. *American Economic Review*, 92(5), 1521–1534. ▶ Nowak, M. A. (2006). Five rules for the evolution of cooperation. *science*, 314(5805), 1560–1563. ▶ OECD (2018). *Private philanthropy for development*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/9789264085190-en>. ▶ Osborne, M. J. & Rubinstein, A. (1994). *A course in game theory*. MIT press. ▶ Reich, R. (2016). On the role of foundations in democracies. *Philanthropy in Democratic Societies: History, Institutions, Values*, 64. ▶ Slikker, M., Norde, H. & Tijs, S. (2003). Information sharing game. *International Game Theory Review*, 5(1), 1–12.



PETER VOGEL  
MALGORZATA KURAK  
JOHANNES HUEBNER

# BLOCKCHAIN AND PHILANTHROPY

## Innovative giving and innovative taking

In this article the authors seek to address the opportunities and threats put together with adopting blockchain in the giving space.

### 1. EXECUTIVE SUMMARY

Blockchain is one of the most hyped technologies of the 21<sup>st</sup> century. Blockchain enthusiasts predict that, within the next couple of years, this technology will entirely disrupt the world we live in, including the world of giving. Philanthropists and many other involved stakeholders have developed unrealistic expectations about how blockchain can rejuvenate the third sector. The key benefit of blockchain for philanthropy is that it enables more transparency and accountability and can therefore provide the “proof of impact” for goals achieved. Despite such promising reviews, blockchain is still a young technology and its application brings with it a number of challenges. Blockchain is believed to have an overextended ability to provide trust, but many stakeholders do not entirely understand how the complicated algorithms behind this technology really work. Blockchain sceptics argue that the wrong data or incorrect metrics inserted into the blockchain will create meaningless chains.

### 2. WHAT IS BLOCKCHAIN?

Blockchain was first conceived as part of the peer-to-peer electronic money system Bitcoin [1]. It is a decentralised storage technology that can be used to store and transfer value or data across the internet. All data stored in a blockchain, such as Bitcoin transaction records, lives on thousands of computers (nodes), with anyone free to download the entire database and also participate in the network. Blockchains consist of blocks of data that are each linked to the previous block using cryptography in a way that makes it virtually impossible to alter data once it has been added. Even though the data on blockchains is (usually) public and no central entity controls it, its integrity and maintenance are ensured using cryptography and built-in economic incentives. Although different variations of blockchains exist (e.g. Bitcoin block-

chain and Ethereum blockchain), the fundamental purpose of a blockchain is to immutably record data or events in sequential order, thus creating an incorruptible digital ledger. This technology enables the exchange of value between two parties, eliminating the need for the trusted intermediaries such as banks or companies that provide financial services [2]. Almost anything can be incorporated into a data file or an event – passwords, movies, music, images, dates and account balances (to name a few), even though not all types of data are well-suited to being stored on blockchains (e.g. for privacy reasons or because the storage of large files is usually economically more expensive on blockchains than elsewhere) [3]. Beyond the actual transfer of digital currencies, blockchain can be used for a wide variety of applications, such as cross-border payments, trade finance, voting systems, ownership tracking, copyright, provenance of documents, etc.

### 3. HOW CAN PHILANTHROPY BENEFIT FROM BLOCKCHAIN?

Blockchain in conjunction with philanthropy can benefit many stakeholders, including charitable organisations, donors and recipients. Blockchain could even help decentralise charities altogether, directly routing payments from a pool of givers to the recipients without the need for an intermediary in charge of managing the contributions. In this subsection, we discuss the key opportunities of using blockchain in philanthropy.

#### 3.1 For givers

*3.1.1 Transactions at a higher speed and lower cost.* Transactions performed on blockchain can reach recipients faster and at a lower cost than if performed via other transaction methods [4]. To illustrate this, we compared the speed and cost



PETER VOGEL,  
PROFESSOR OF FAMILY  
BUSINESS AND  
ENTREPRENEURSHIP  
AT IMD, LAUSANNE,  
DEBIOPHARM  
CHAIR FOR FAMILY  
PHILANTHROPY



MALGORZATA KURAK,  
POSTDOCTORAL RESEARCH  
FELLOW AT IMD,  
LAUSANNE,  
WEF GLOBAL SHAPER  
OF THE GENEVA HUB

of common transaction methods with the most popular cryptocurrency – Bitcoin [5]. Clearly these arguments also hold true for other cryptocurrencies with a related purpose, such as Ripple or Zilliqa.

For example, the speed and cost of an exemplary transaction of a remittance transfer of CHF 160 from Switzerland to Rwanda performed via Bitcoin would be CHF 0.25 in roughly 50 minutes [6]. By contrast, the same transaction performed via Azimo (that is, the “second-best option” as indicated by World Bank Remittance Prices) is about 28 times costlier, and it would take up to 24 hours for the recipient to receive the money [7]. The reasons for such differences in a transaction’s speed and cost are rooted in the innovative ways in which blockchain technology deals with the transaction confirmation and transaction size.

Put simply, most banks rely on a model of payment processing known as “correspondent banking”. This means that banks hold accounts with each other (either directly or through intermediary banks), and transactions are performed by debiting and crediting several accounts at each institution. All banks involved in a single transfer deduct fees from the money being transferred. Many banks post transactions in a “batch” at the end of the day and impose daily limits on the transaction size.

All crypto transactions, on the other hand, are posted real-time. Each crypto transaction is first broadcast to the network into a pool of unconfirmed transactions and then picked up by a global miner (that is, a member of a peer-to-peer network of computers) and added to the blockchain as part of a valid, mined block. This process is called confirmation and usually takes around 10 minutes, on average, in the case of the Bitcoin blockchain; other blockchains (e.g. Ethereum) are designed to generate blocks more quickly [8]. Since there is still a chance another miner will create another block at roughly the same time, and the blockchain network consents to including the other block, blockchain users tend to wait for at least six confirmations (i.e. six additional blocks subsequently mined) for a single transaction in order to be sufficiently sure that the transaction has been immutably added to the blockchain. As a result, the whole process may take up to 50 minutes.

There are no daily limits on crypto transactions and their costs are not calculated based on the monetary value of a transaction, but rather on factors such as transaction size, number of other transactions made at the same time, or the computational complexity of a smart contract. Hence, blockchain facilitates an exchange of value at a higher speed and lower cost between peers, while eliminating the need for

trusted intermediaries. Because every transaction executed on blockchain is recorded near real-time and is available to everyone, blockchain can help to significantly decrease the cost of annual reporting on a charitable organisation’s budget and spending, while increasing its overall transparency.

**3.1.2 Highly visible and traceable transactions.** One of blockchain’s most attractive features for the giving space is that it enables highly visible and traceable transactions, allowing givers to track all their transactions from the beginning to the end and verify where their funds went. By monitoring the entire sequence of transactions, givers can easily find out whether their funds reached their intended target. Well-documented and tracked transactions enable givers to make better-informed decisions when choosing between various charitable organisations for their future donations.

**3.2 For recipients: more money, faster and increased security.** One of the key benefits of blockchain for the recipients of money is that they receive more money than they would have otherwise. There are a number of reasons for this. The primary reason is that expensive transfer mechanisms are bypassed, which allows donors to send more money directly to the recipients. However, it also prevents fraudulent intermediaries from pocketing part of the money that was meant for the recipient. Ultimately, it increases the pressure on charities to operate more effectively and efficiently and therefore channel the maximum amount possible directly to the recipient.

## 4. WHAT ARE SOME OF THE LIMITATIONS OF BLOCKCHAIN?

No matter how useful the underlying technology is, or how widely it can be applied, there are real and substantial risks involved in blockchain. Like any new technology, blockchain has its limitations. Building social services around it prematurely may lead to unpredictable outcomes and lead to negative social implications. In this subsection, we discuss the key threats of using blockchain in philanthropy.

### 4.1 For givers

**4.1.1 Overrated ability to provide trust.** A common notion is that, due to its immutable nature, blockchain can redefine trust. Since the system itself verifies all transactions, the assumption is that users do not need a trusted central authority. Instead, blockchain users need to trust many distributed and anonymous participants (global miners). In practice, this means that blockchain has no central governing body or auditor that would take responsibility for the system’s failure if needed. Furthermore, blockchain immutability is inordinately expensive. As blockchain networks grow, technical and storage requirements become more demanding, and transaction fees and response times needed to transact via blockchain platforms may increase.

Some blockchain enthusiasts go even further in overrating blockchain’s ability to provide trust, arguing that smart contracts (e.g. via Ethereum) will replace today’s binding legal contracts [9]. Smart contracts are defined as computer pro-



JOHANNES HUEBNER,  
DOCTORAL RESEARCHER  
AT THE AUTO-ID LAB  
OF ETH ZURICH  
AND UNIVERSITY OF  
ST. GALLEN

grams that can be stored in the distributed ledger of a blockchain system [10]. The blockchain system executes these programs automatically when the linked transactions are being processed. However, computer programmers are mainly responsible for “writing” these binding smart contracts. Despite their strong coding abilities, they might not be best informed about some legal nuances, regulatory updates and compliance.

Furthermore, amending smart contracts after deploying them, for either manipulation or advancement, is rather impossible. Any modifications require the network to create an additional record (or block) to confirm a change. Hence, if two transacting parties cannot reach a compromise on a change, they are stuck with the original agreement, forever. To prevent this, some computer programmers started rethinking the ways in which smart contracts could be improved. For example, they suggested designing the back-end of a smart contract that could be updated according to the need of the transacting parties. Although this solution could help in “real-time” improvements of smart contracts, it would also alter the key reason as to why smart contracts are superior to the current way of contracting – the blockchain’s function of preventing transactions from being reversed.

**4.1.2 High energy consumption and collateral damage.** Many givers are preoccupied by the thought that their genuine intentions to help people in need could, at the same time, have some negative (and mostly unpredictable) consequences on their lives.

Because Bitcoin and other cryptocurrencies store every transaction from their inception, this technology can help givers verify whether their funds were spent in line with their intentions. But the price of such monitoring power is a high carbon footprint. The crypto-mining process is a massive consumer of energy. Research published in *Nature Climate Change* (October 2018) even suggested that Bitcoin mining alone could push global warming “above 2 °C within less than three decades” [11].

The extended debate over this issue has, however, led to the conclusion that Bitcoin’s biggest problem is not its massive energy consumption, but that its network is mostly supported by coal-fired power plants (i. e. between 2014 and 2017, about 90 percent of global Bitcoin trading happened through Chinese trading platforms). Indeed, other existing methods like wind energy, geothermal and hydropower energy could provide renewable energy to sustain the mining process [12]. But these alternative methods are mostly being explored in only a few geographical areas, such as Europe and the Pacific Northwest.

Many researchers are pushing for a more sustainable use of this technology. They point to the level of energy abuse of blockchain applications, comparing them to other payment systems such as VISA. Accordingly, they have estimated that a single Bitcoin transaction consumes as much energy as 100,000 VISA transactions [13].

The differences in energy consumption between blockchain applications and other common transaction methods are so extreme that computer programmers have attempted to improve the mining process itself. The key to the mining

process is the proof-of-work, in which the global miners confirm transactions or dig up new coins. More recently, some energy-efficient methods such as proof-of-stake were created to perform the mining and substitute the energy hungry proof-of-work. In a proof-of-stake blockchain, coin owners create blocks instead of miners, and therefore do not require power-hungry machines that produce as many confirmation hashes per second as possible. Despite the fact that there are many different versions of proof-of-stake, none has yet been proven to perform to the expectations of its developers [14].

The energy consumption of various blockchain applications continues to rise exponentially. Hence, givers, especially those who are environmentally conscious, need to choose whether they truly need the monitoring power that innovative giving brings or whether they can stick to simple and traditional giving.

**4.2 For recipients: uncertainty and cyber-crime.** With increasing volumes of transactions running through crypto exchanges and other applications on blockchain, tracing where the money is going will become harder. This can therefore make cryptocurrencies attractive to more criminals as a means of committing crime. They may use blockchain for tax evasion or ransomware and illegal marketplaces to sell anything, including drugs, fake passports and firearms, etc [15]. Forcing their victims to pay via cryptocurrencies, they can profit from their illegal actions while remaining unidentifiable. All that external parties can view on blockchain are the long alphanumeric codes which represent the users’ accounts (addresses) and transactions. Hence, the blockchain’s function of preserving the user’s anonymity can make it impossible to prove the guilt of many fraudsters. Furthermore, only confirmed transactions are recorded and displayed on blockchain, not unconfirmed transactions.

Fortunately, it is becoming increasingly challenging to participate in the major blockchains and exchange cryptocurrencies into fiat currencies [16] without undergoing a know-your-customer (KYC) process with a crypto exchange. This often includes uploading a government-issued ID and a photo of oneself holding the same ID, as well as a phone number and address verification in many cases. Moreover, once a malicious actor is identified and connected to a blockchain address, the blockchain provides public, immutable proof of all transactions made with this address.

But combining autonomous smart contracts with an anonymous cryptocurrency provides more sophisticated methods of committing fraudulent actions. One example is misusing smart contracts to automatically release information only a targeted victim has made a payment [17].

In 2017, it was reported that the largest 1,000 Bitcoin accounts held 40 percent of all the Bitcoins in existence – with almost 20 percent in just 100 accounts [18]. Law enforcement officials realise that, given such power, individuals can act unethically to increase or decrease the price of some cryptocurrencies. Because blockchain is such a complex and open-source system and remains a challenge for many regulators, some of these unethical actions might not even be illegal [19].

Hence, innovative recipients could fall victim to cyber-crime. What adds to the uncertainty for them is the ambiguous regulatory environment surrounding this technology. The lack of clear legal protection could be harmful for blockchain recipients of donations in the long term. The blockchain's immutable nature would store indefinitely the fact that they once relied on financial aid. If the recipients' identities were ever disclosed, it might have unpredictable social consequences on their lives. For example, small or rural communities might punish recipients if they were not deemed by their peers to have been in the greatest need.

## 5. HOW IS BLOCKCHAIN USED IN PHILANTHROPY TODAY?

It is evident that there are many different possible scenarios in which blockchain can be applied to philanthropy. However, when we look around and assess real-world applications, we realise that this is still a niche approach and certainly a long way from mainstream adoption. Nonetheless, we want to briefly highlight three concrete examples.

**5.1 Fundraising with crypto.** In December 2017, an anonymous early adopter of Bitcoin under the nickname "Pine" donated BTC 5,057 (USD 86 million) to charitable causes. This was how the Pineapple Fund was established. To date, over USD 55 million of Bitcoin have been donated to about 60 charities through this fund, including Watsi (USD 1 million), The Water Project (USD 1 million), the Electronic Frontier Foundation (USD 1 million), the Bitgive Foundation (USD 500 thousand), MAPS psychedelic studies (USD 1 million), and the Open BSD Foundation (USD 500 thousand) [20].

**5.2 Charity coins.** AidCoin is a type of token. Its creators aspire for AidCoin to play a leading role in the new era of fundraising. AidCoin is to become the preferred method of donating (via Ethereum blockchain) transparently [21]. This cryptocurrency has already been adopted in some charitable auctions, such as "Meet Cristiano Ronaldo at a Real Madrid Home Game" [22] and "Attend the Versace S/S 2018 Fashion Show in Milan and Meet Versace" [23].

**5.3 Crypto-foundations.** The BitGive Foundation describes itself as the world's first Bitcoin non-profit. Since its founding in 2013, it has partnered with many key stakeholders and non-profits in the charitable sector, including Save The Children, The Water Project, Fundación Parlas and TECHO [24]. Their project to bring clean and safe water to the Shisango Girls School in the Kakamega District of western Kenya was entirely funded by the Bitcoin community [25].

## 6. WHAT'S NEXT?

We argue that blockchain can indeed improve the current state of philanthropy by enabling givers to give more effectively, better allocate their resources, and have full transparency on where their donations are actually going and where they are being put to use. However, there are also certain challenges associated with widespread adoption of blockchain in the giving space. Blockchain's high energy consumption can be the source of collateral damage. This technology is quite complex and can be misused by cyber-criminals [26]. One important milestone in addressing these challenges could be to create a coordinating body to help surface new solutions, guide blockchain and digital currency application in the third sector and take responsibility for system failure if needed [27].

Although we would be wise not to get too swept away by the hype, NGOs and philanthropists should begin learning more about blockchain's unique capabilities and help shape the field. Many relevant stakeholders in the third sector such as the Bill and Melinda Gates Foundation, Unicef, the World Bank, Consensus [28] and the Blockchain for Social Impact Coalition are already exploring blockchain for philanthropic ends.

Breakthrough technologies such as blockchain, the Internet of Things (IoT) and artificial intelligence (AI), alone or in combination, might provide novel and unconventional solutions to the major social challenges of the 21st century. Yet it is still an open question as to whether a use-case for blockchain (and other technologies) in philanthropy is desirable, feasible and viable, and whether existing and proven technologies are – if implemented rigorously – sufficient and can achieve the desired goals. All of this is yet to be seen. ■

**Footnotes: 1)** <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> **2)** <https://qz.com/628581/blockchain-a-new-mechanism-for-trust-no-intermediary-required/>. **3)** <https://blockgeeks.com/guides/what-is-blockchain-technology/> **4)** Jayasinghe, D., Cobourne, S., Markantonakis, K., Akram, R. N., & Mayes, K. (2018). Philanthropy on The Blockchain. **5)** The authors are very much aware of the technological limitations of Bitcoin compared with other cryptocurrencies, but to date it is still the most visible and popular currency, which is why we use it as an example. **6)** <https://remitanceprices.worldbank.org/en>. **7)** Please note that we are restricting our comparison to common transaction methods that allow a recipient to receive a donation directly on a device without having to visit a local bank. **8)** <https://www.blockchain.com/en/charts/avg-confirmation-time> **9)** <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. **10)** [https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum\\_](https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum_)

[white\\_paper.pdf](https://www.nature.com/articles/s41558-018-0321-8). **11)** <https://www.nature.com/articles/s41558-018-0321-8>. **12)** <https://theconversation.com/stop-worrying-about-how-much-energy-bitcoin-uses-97591>. **13)** <https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption> **14)** <http://www.vertatique.com/bitcoin-mining-highlights-green-ict-issues>. **15)** <https://www.fireeye.com/blog/threat-research/2018/04/cryptocurrencies-cyber-crime-blockchain-infrastructure-use.html>. **16)** The term "fiat currencies" includes all modern currencies with bank notes such as the USD, CHF, EUR, etc., and indicates money does not have an intrinsic value, i.e. the paper the bank note is printed on is essentially worthless (as opposed to silver and gold coin which have intrinsic value). **17)** <https://theconversation.com/by-concealing-identities-cryptocurrencies-fuel-cybercrime-82282>. **18)** <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-12-08/the-bitcoin-whales-1-000-people-who-own-40-percent-of-the-market>. **19)** US law enforcement identified and acted against some fraudulent actions linked to cryptocurrencies such

as "spoofing" (that is, placing orders but cancelling them before finalising the deal without having to pay a service fee) or "wash trading" (that is, setting up several accounts and trading with oneself). Both artificially increase the demand and value of cryptocurrencies. **20)** <https://pineapplefund.org/>. **21)** <https://www.aidcoin.co/>. **22)** <https://www.charitystars.com/product/meet-cristiano-ronaldo-at-a-real-madrid-home-game>. **23)** <https://www.charitystars.com/product/attend-the-versace-fashion-show-s-s-2018-in-milan-and-meet-santo-versace>. **24)** <https://www.bitgivefoundation.org/>. **25)** [https://www.huffingtonpost.com/ameer-rosic/goodbye-corrupt-charities\\_b\\_13207806.html](https://www.huffingtonpost.com/ameer-rosic/goodbye-corrupt-charities_b_13207806.html). **26)** It is becoming increasingly hard to participate in the Bitcoin network without providing an ID to an exchange. Other blockchains offer greater privacy. However, all transactions on them still leave a public trace. **27)** [https://ssir.org/articles/entry/digital\\_currencies\\_and\\_blockchain\\_in\\_the\\_social\\_sector](https://ssir.org/articles/entry/digital_currencies_and_blockchain_in_the_social_sector). **28)** <https://blockchainforsocialimpact.com/>.



VINCENT PFAMMATTER

ADRIEN ALBERINI

KEVIN GUILLET

# DATA PROTECTION AND THE SWISS NON-PROFIT SECTOR

## How the GDPR considers the specificities of charities and international organizations

**The new General Data Protection Regulation marked an unprecedented change in the EU data protection landscape. Charities are concerned by these changes, even if they are Swiss-based entities and do not aim for profits. Similarly, international organizations cannot fully ignore this new legislation. Exceptions and specificities apply however to such entities.**

### 1. INTRODUCTION

There are many variations and definitions of charitable organizations, including non-profit organizations, grant-making or operating organizations and non-governmental organizations (NGOs). For purposes of the present article, we will use the overarching definition of “charity”, which shall include of all these variations.

In Switzerland, charities can be defined as private legal entities pursuing non-profit purposes. Swiss law foresees two main legal forms for such organizations, namely associations (Art. 60 et seq. of the Swiss Civil Code, CC) and foundations (Art. 80 et seq. CC).

The non-profit sector in Switzerland is also characterized by the presence of international organizations, which form an integral part thereof, even though such entities benefit from a widely different status under Swiss and international law.

This article addresses the extent to which the GDPR [1] considers the unique nature of Swiss-based charities and international organizations. It is composed of five parts. First, we will briefly lay out the principles of the GDPR (Section 2). Second, we will discuss its applicability to Swiss-based charities (Section 3). Third, we will dig into data protection specificities related to charities (Section 4). Fourth, we will address the (debated) application of the GDPR to international organizations (Section 5). Fifth, we will present some cases in

which sanctions have been applied under the GDPR, as well as data protection related sanctions that were imposed on charities in Europe (Section 6). To conclude, we will recommend a few actions that may be taken by charities at this juncture.

### 2. EUROPEAN REGULATORY FRAMEWORK

The GDPR is the first significant update of data protection laws in Europe in over 23 years, as the previous EU directive applicable to this field was adopted in 1995, i. e. when the Internet was just beginning to be widespread and no smartphone was available; in addition, Google and Facebook had not been created at that time. Based on fundamental liberties [2], the GDPR embodies the right to informational self-determination and defines the right to privacy as a fundamental right [3].

The GDPR is an extensive piece of legislation with a wide scope of application. It encompasses 173 Recitals as well as 99 articles representing altogether about a hundred pages of regulation.

Under the GDPR, personal data is defined as “any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more fac-



VINCENT PFAMMATTER,  
LL.M. (UC BERKELEY),  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, SIGMA LEGAL,  
GENEVA, ACADEMIC  
FELLOW AT THE GENEVA  
CENTRE FOR  
PHILANTHROPY



ADRIEN ALBERINI,  
PH.D., LL.M. (STANFORD),  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, SIGMA LEGAL,  
GENEVA

tors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person” [4]. It results from this definition that the concept of personal data is meant to be broad and comprise any piece of information which may possibly be linked to a specific person [5].

In a nutshell, the main principles of the GDPR may be summarized as follows:

1. The principle of lawful processing: personal data shall only be processed lawfully. The GDPR sets out the grounds of lawful processing, such as the consent of the data subject, the performance of a contract, compliance with a legal obligation, the protection of vital interests, the performance of a task carried out in the public interest or the legitimate interests of the entity processing the data [6].
2. Purpose specification and limitation: personal data shall be collected for “specified, explicit and legitimate purposes” [7]. It must be clear from the very beginning what are the purposes for processing [8].
3. Data minimization: personal data shall be processed in a way which is “adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed” [9]. This also includes the obligation to delete any personal data that is no longer needed [10].
4. Accuracy: personal data shall be “accurate and, where necessary, kept up to date” [11]. It is also required to take every reasonable step to rectify or erase inaccurate data [12].
5. Storage limitation: personal data shall be kept only for the time needed in a form which enables identification [13]. On the contrary, anonymized data may be kept indefinitely [14].
6. Integrity and confidentiality: personal data shall be processed “in a manner that ensures appropriate security” [15], using appropriate technical and organizational measures.
7. Accountability: the data controller must be able to demonstrate its compliance with the GDPR [16]. The data controller is legally responsible for any processing of personal data.

While the GDPR attracts most attention, one must bear in mind that the European regulatory framework applicable to data protection comprises, besides the GDPR, other rules and regulations, such as the Privacy and Electronic Communications Directive (the so-called ePrivacy Directive), which is also being revised [17].

In this context, it should further be mentioned that the Swiss Federal Data Protection Act of June 19, 1992 (DPA) [18], is currently being revised. The overhaul is being driven by

the GDPR, as well as the latest amendments to the Council of Europe Treaty 108 [19]. The revised DPA – in its current state – will mostly take over the GDPR principles.

The revised DPA is set to go through the parliamentary process. The Political Institutions Committee of the National Council has postponed the consultation to the first quarter of 2019 during the spring session of the National Council [20].

### 3. APPLICATION OF THE GDPR TO SWISS-BASED CHARITIES

The GDPR states that the Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment in the European Union (the so-called establishment criterion) [21]. Moreover, it also applies worldwide when the processing relates to goods and services offered to data subjects in the European Union [22] or when it implies the monitoring of their behavior in the European Union (the so-called targeting criterion) [23].

On November 16, 2018, the European Data Protection Board (“EDPB”), an independent European body that contributes to the consistent application of data protection rules [24], published its Guidelines 3/2018 regarding the “territorial scope of the GDPR” [25]. These guidelines are relevant for Swiss entities and provide guidance on the conditions under which the GDPR applies outside the European Union. The Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner also published guidelines as to the application of the GDPR in Switzerland [26].

Regarding the establishment criterion, the EDPB recommends a broad definition: it extends to any “real and effective activity – even a minimal one – exercised through stable arrangements” [27]. The EDPB adds that the “threshold for ‘stable arrangements’ can actually be quite low [28] when the center of activities of a controller concerns the provision of services online [...] the presence of one single employee or agent of the non-EU entity may be sufficient [...]” [29]. Concerning Swiss-based charities, the GDPR may be applicable under the establishment criterion as soon as one employee would act in the European Union on its behalf.

With respect to the targeting criterion, it requires a targeting element, such as offering goods or services or monitoring the behavior of data subjects [30]:

→ The EDBP considers that “there needs to be a connection between the processing activity and the offering of good or service, but both direct and indirect connections are relevant and to be taken into account” [31]. Regarding in particular charities, one shall bear in mind that “[u]nder the GDPR, the fact that an organization may or may not require payment in exchange for its goods and services is irrelevant” [32].

→ Regarding the monitoring of data subjects’ behavior, the EDBP considers that not all online activities should be deemed as monitoring activities. It is necessary to assess the controller’s purpose for processing the data, as they should involve behavioral analysis or profiling techniques [33].

For Swiss-based charities, the GDPR may also be applicable under the targeting criterion, should the offering of goods or services take place in the European Union, or if the charity



KEVIN GUILLET,  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, SIGMA LEGAL,  
GENEVA

monitors the data subjects' behavior on its website for example (e.g. with use of Google Analytics tools).

#### 4. GDPR SPECIFICITIES RELATED TO CHARITIES

**4.1 Preliminary note: Charities compared to for-profit entities.** On the one hand, charities carry out activities which differ to a significant extent from companies looking for profits. This is particularly the case when they have to intervene in critical situations (Section 4.2 below) or perform charity-specific activities like fundraising (Section 4.3 below). From that perspective, the specific nature of the work performed by charities raises specific types of data protection issues.

On the other hand, charities are in many ways similar to for-profit companies. They deal with data concerning their employees, financial data, data from service providers (e.g. IT), etc. As such, charities encounter in their daily (business) life standard data protection issues, ranging from security and access to data, outsourcing of data management (for instance for human resources treatments), storing data over time, as well as sharing data with third-parties or in countries located outside of the EU (Section 4.4 below).

The duality described above raises the question whether charities should be subject to particular data protection rules. As we will see hereafter, the EU regulatory framework specifically recognizes some particular activities of charities. Thus, a few provisions in the GDPR are dedicated to these activities. That said and more generally, the GDPR applies regardless of the nature of the entity concerned or of its activities. Therefore, it is left to data protection authorities – when they issue guidance or enforce the GDPR – to determine whether charities should benefit from any particular treatment.

#### 4.2 Processing of data relating to critical situations.

Charities, and in particular NGOs, active in the humanitarian field constantly have to collect and process (sensitive) data of individuals in the context of crisis, war or natural disaster. The same is true with respect to charities working with vulnerable individuals that are in life danger in other contexts. In this regard, one should keep in mind that such situations may occur in or outside Europe.

Even if relying on consent [34] of the individuals whose personal data is collected and processed is the most prudent approach when managing personal data, there are instances, such as those described above, in which obtaining consent is not possible. In such cases, everything is more complicated, and it can be challenging to obtain and manage consent from employees, volunteers, and foremost from the beneficiaries (displaced people, refugees, injured individuals, victims of crimes and of war, etc.).

In this connection, many organizations active in the humanitarian field have understood early on the importance of data protection in critical contexts and have moved towards (auto)regulating and controlling their activities. In this respect, the ICRC is noteworthy. As a leader of humanitarian action, the ICRC has conducted a large study on the importance of protection data in the humanitarian environment

and has published a “Handbook on Data Protection in Humanitarian Action” which may serve a guideline to all NGOs active in this field [35].

Interestingly, the GDPR expressly takes into account the specificity of these cases and recognizes that consent is not the only ground for lawfully processing data in such contexts; the protection of vital interests or, even more generally, public interest may serve as a valid basis underlying the processing of personal data. According to Recital 46 indeed, “the processing of personal data should also be regarded to be lawful where it is necessary to protect an interest which is essential for the life of the data subject or that of another natural person. Processing of personal data based on the vital interest of another natural person should in principle take place only where the processing cannot be manifestly based on another legal basis. Some types of processing may serve both important grounds of public interest and the vital interests of the data subject as for instance when processing is necessary for humanitarian purposes, including for monitoring epidemics and their spread or in situations of humanitarian emergencies, in particular in situations of natural and man-made disasters” [36].

This Recital is in our view welcome and justified. While we may discuss it at length, the following two considerations deserve to be mentioned:

→ The humanitarian concept should not be interpreted too narrowly. Vital interest and public interest should in our view also justify the processing of personal data in relation to other critical situations which require the intervention of charities.

→ The fact that vital or public interests may justify certain processing does not mean that the charity carrying out the activity in question is out of the scope of the GDPR. First, other activities of these charities, such as those addressed in Section 4.4 below, should not benefit from the same types of justifications, i.e. consent may be required in relation to certain types of activities. Second, even in cases in which charities process data based on vital or public interests, it does not mean that the other obligations set out in the GDPR should not be observed. In particular, charities would have to comply with the general principles (such as transparency [37], meaning notably the need to adopt privacy policies) and mandatory safeguards, such as the implementation of technical and organizational measures [38].

#### 4.3 Fundraising and marketing campaigns.

Fundraising is a key element for most charities. In this context, one recurring question concerns the conditions under which a charity may conduct a fundraising and/or marketing campaign, by reaching out via email, post mail or phone to potential donors (both past and new donors) [39]. A related topic is whether a charity may research information on potential donors, use publicly available information and create potential donor profiles (on this issue, see also Section 6 below) [40].

The safe answer to these questions is: get consent [41]. Obviously, if charities may rely on consent of the data subjects for their fundraising and marketing activities, they will be on the safe(st) side. In practice, this raises some issues, however:

- First, in a charity-donor relationship, it is obviously delicate to request consent for processing personal data to someone who has just given some of his money to a charity.
- Second, if a charity wishes to extend its population of donors, proceed to explanatory research in this field, or reach out to potential new donors, as a matter of fact, it will not have the prior consent of such prospects.

Considering these issues, charities support in some occasions, where consent is missing, that they may process data based on their legitimate interest.

In this respect, it should first be noted that legitimate interest implies that a due diligence assessment be performed. This assessment (also referred to as the 3-step legitimate interest assessment, “LIA”: purpose, necessity and balance)[42] includes notably the necessity to balance the interests of the data controller (i.e. here, the charity) or a relevant third party, against the rights of data subjects [43].

The main downside of legitimate interest over consent is that it relies on one’s own assessment, with no guarantee that an authority would share the outcome of the assessment.

In relation to charities, the GDPR (and more particularly its Recitals) does not contain any mention according to which charities would be entitled, because of their particular nature, to rely more than for-profit entities on legitimate interest in order to justify the processing of personal data in relation to their funding and marketing activities.

Interestingly, the Information Commissioner’s Office of the United Kingdom addressed this specific issue and provided for a dedicated course of action to be observed:

“A charity wants to send fundraising material by post to individuals who have donated to them in the past but have not previously objected to receiving marketing material from them. The charity’s purpose of direct marketing to seek funds to further its cause is a legitimate interest. The charity then looks at whether sending the mailing is necessary for its fundraising purpose. It decides that it is necessary to process contact details for this purpose, and that the mailing is a proportionate way of approaching individuals for donations. The charity considers the balancing test and takes into account that the nature of the data being processed is names and addresses only, and that it would be reasonable for these individuals to expect that they may receive marketing material by post given their previous relationship. The charity determines that the impact of a fundraising mailing on these individuals is likely to be minimal; however, it includes details in the mailing (and each subsequent one) about how individuals can opt out of receiving postal marketing in future” [44].

In our view, there are two main takeaways to be drawn from this guidance:

- First, the UK Data Protection Authority does not exclude the fact that a charity may rely on its legitimate interest to conduct funding and marketing campaigns. On another hand, this authority does not say that legitimate interest may be a sufficient ground in any given instance. As a result, one may conclude that this has to be determined on a case by case basis.
- Second, the UK Data Protection Authority addresses the case in which a charity is dealing with data of previous do-

nors. It does not address the question of whether a charity could reach out to new potential donors, with whom it has never had contacts before [45]. With no doubts, the balance of interests in favor of the charity would be more difficult here, and one might have to wait until a Court decides on the legality of such activity under the GDPR to reach more legal certainty.

Lastly, besides the GDPR, soliciting (potential) donors by electronic means such as e-mails or sending e-mail newsletters falls under the scope of the ePrivacy Directive referred to in Section 2 above. This regulation requires prior consent to email communications. Thus, the ePrivacy Directive adds another layer of obligations on charities (and other entities alike)[46]. Similarly, Article 3 para. 1(o) of the Federal Act against Unfair Competition [47] prohibits spamming activities.

**4.4 Other activities of charities involving data.** In addition to the typical activities addressed above, charities carry out many other activities involving the processing of personal data, such as organizing congresses, courses and seminars. While it cannot be excluded that in some specific circumstances the very nature of charities might justify the application of a somewhat more lenient treatment of these activities from a data protection perspective, this should as a matter of principle not be the case. Indeed, it does not seem that disregarding the right to self-determination of the individuals whose data are processed and the related safeguards set out in the GDPR in relation thereto may be justified only based on the fact that charities do not have a for-profit purpose. As a consequence, all developments under data protection law relating to the activities of for-profit entities are likely to be also relevant for charities.

## 5. GDPR AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

While this may be surprising at first glance, the GDPR contains 75 entries for the words “international organizations”.

The GDPR defines an international organization (IO) as an “organisation and its subordinate bodies governed by public international law, or any other body which is set up by, or on the basis of, an agreement between two or more countries” [48]. Thus, the GDPR “seems to equate IOs with third countries as entities that are subject to a body of law other than EU law” [49].

The intersection between the GDPR and IOs is a complex (and to some extent also, political) issue.

The first question that arises in this respect is whether the GDPR applies to IOs. The ICRC Handbook takes position as follows: “International Organizations enjoy privileges and immunities to ensure they can perform the mandate attributed to them by the international community under international law in full independence and are not covered by the jurisdiction of the countries in which they work. They can therefore process Personal Data according to their own rules, subject to the internal monitoring and enforcement of their own compliance systems; in this regard they constitute their own “jurisdiction” [50]. In short, the GDPR would at first sight not to apply, *per se*, to IOs.



Thus, although the GDPR has its own material and territorial scope (see Section 3 above), its applicability to IOs primarily depends on the privileges and immunities of the concerned IOs and on the IO's status of international law in the EU legal order [51]. In this connection, it should be noted that the relations between the EU and the IOs are defined by either formal or informal agreements, by exchange of letters or by setting up certain practices [52].

Second, even if most IOs are of the view that the GDPR does not apply to them, they often unilaterally decide to comply with the GDPR, as it has turned out that it is not viable for them otherwise (this may be the main takeaway for charities), in particular for the following reasons:

→ Transfer of data to IOs: IOs receiving data from EU based sources cannot ignore the GDPR, given that Article 44 GDPR requires that transfers of personal data to IOs shall comply with the GDPR. In their day-to-day operations, IOs interact with other entities which are subject to the GDPR and have to comply with all obligations set out in this piece of regulation, in particular when they enter into agreements with third parties (including IOs) comprising the processing of personal data.

→ Reputation: As a “force for good”, IOs generally acknowledge the importance of this body of law, as well as the necessity for them to be able to offer a similar level of protection of data. From a reputational perspective, it would therefore be difficult for IOs to argue that they do not follow the best standards relating to the protection of individuals, including in the field of data protection.

As a last note, the above rationale also applies to UN agencies. For these reasons, some of these agencies have already adopted comprehensive internal privacy policies, which are largely compliant with GDPR standards [53].

## 6. SANCTIONS AND REGULATORS ACTIONS AGAINST CHARITIES

One of the reasons for which the GDPR has attracted much attention around the world is the sophisticated and heavy regime of sanctions that has been embodied into this piece of legislation. This regime has been inspired by the rules existing now for decades in competition law and which have largely contributed to the effective implementation of and, respectively, compliance with this field of law. In short, under the GDPR, fines may be imposed up to EUR 20 million or, in the case of an undertaking, 4% of its total worldwide annual turnover [54]. Even if the GDPR speaks of administrative fines, such fines may reasonably qualify as sanctions of quasi-criminal nature [55].

Addressing the whole regime governing sanctions under the GDPR would obviously go beyond the scope of this paper. Therefore, we will limit our developments to the following three issues:

→ First, sanctioning charities is not a theoretical question; it happens in practice. Cases in the UK even before the entry into force of the GDPR include, for instance, Battersea Dog's and Cats' Home upon which a fine of £ 9 000 was imposed for tele-matching, i.e., using personal data to obtain and use

telephone numbers which data subjects may have chosen not to provide to the data controller [56], and Cancer Research UK, upon which a fine of £ 16 000 was imposed for notably using the services of a wealth screening company to analyze the financial capacity of its supporters in order to identify those that would have the means and propensity to make a larger donation to the charity [57]. While these amounts remain relatively modest, one should take into consideration that those charities were also indirectly sanctioned through the publication of the decisions handed down by the ICO, which affects their reputation.

→ Second, one could be tempted to argue that charities do not realize any turnover and therefore that no sanction based on any turnover could be imposed on such entities. Even though it is true that some charities do not realize any turnover, some other charities have a commercial activity in order to serve their public-interest purpose and thus do realize a turnover. Moreover, it cannot be excluded that the funds received by charities (donations, subsidies, etc.) qualify as turnover within the meaning of data protection law. Last, and as indicated above, turnover is not the only parameter based on which fines can be imposed; fines can go up to EUR 20 million regardless of any turnover.

→ Third, the first sanctions based on the GDPR have been recently imposed, and some lessons may be learned from these cases. In Portugal, for instance, a hospital was heavily fined (EUR 400 000) for, among other reasons, not setting up a proper access right policy, which led to an overly broad access to medical records by employees of the hospital [58]. Such an issue is relevant for many charities, and in particular, for several charities in the humanitarian field which have access to sensitive data relating to people in war zones or being in precarious situations.

## 7. CONCLUSION: WHAT CHARITIES SHOULD DO

It results from the above that the GDPR considers, to some extent, the unique nature of charities and IOs. This is evidenced by some Recitals of the GDPR and the guidance provided by data protection authorities as to its application.

That said, this does not mean that the GDPR is not applicable to Swiss-based charities. On the contrary, such entities can, in our view, not ignore this piece of regulation, and they must take necessary steps to ensure compliance therewith. In short, this means notably (i) mapping the data held by the charity and understanding the data flows, (ii) adopting the appropriate policies (e.g. data retention policy, data breach policy, policies governing the use of technologies), (iii) verifying and, as the case may be, adapting internal processes, (iv) verifying and, if need be, adapting the contractual agreements with employees and third parties (including consultants), and (v) training staff.

While implementing such compliance measures, charities may obviously rely on resources available, such as for instance the Guidelines issued by Swissfoundations on the application of the GDPR in the non-profit sector [59]. ■

**Footnotes:** **1)** Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88). On this topic, see also, for instance, Frankl Philippa, A mix of junk and important stuff: how we sorted out our charity data for GDPR, *The Guardian*, 9 April 2018. **2)** GDPR, Recital 4. **3)** GDPR, Recital 1. **4)** GDPR, Article 4(1). **5)** See for instance the judgment of the EU Court of Justice of 19 October 2016, Patrick Breyer c/Bundesrepublik Deutschland (C-582/14). **6)** GDPR, Article 5(1)(a) and Article 6(1). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 99. **7)** GDPR, Article 5(1)(b). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 104. **8)** Guidance provided by the UK Information Commissioner's Office (ICO) at <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/purpose-limitation/> (last consulted on 12 January 2019). **9)** GDPR, Article 5(1)(c). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 106. **10)** Guidance provided by the UK ICO (supra 8). **11)** GDPR, Article 5(1)(d). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 107. **12)** Guidance provided by the UK ICO (supra 8). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 108. **13)** GDPR, Article 5(1)(e). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 109. **14)** GDPR, Article 5(1)(f). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 109. **15)** GDPR, Article 5(1)(f). See also Filippidis Mariel, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 109. **16)** GDPR, Article 5(2); GDPR Recitals 39 and 74. See also Pothos Mary, European Data Protection, Law and Practice, IAPP Publication, 2018, p. 195 seq. **17)** Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ L 201, 31.7.2002, p. 37–47). **18)** RS/SR 235.1. **19)** See the information provided by the Federal Office for Justice at <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkerung.html> (last consulted on 12 January 2019). **20)** See the information provided by the National Council at <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/sitzungsplanung-spk-n.pdf> (last consulted on 12 January 2019). **21)** GDPR, Article 3(1). **22)** GDPR, Article 3(2)(a). **23)** GDPR, Article 3(2)(b). **24)** The website of the European Data Protection Board is available at <https://edpb.europa.eu> (last consulted on 12 January 2019). **25)** The Guidelines on the territorial scope of the GDPR issued by the EDPB are available at [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/file1/edpb\\_guidelines\\_3\\_2018\\_territorial\\_scope\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_en.pdf) (last consulted on 12 January 2019). **26)** The Guidelines on the application of the GDPR issued by the Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner (entitled Le RGPD et ses conséquences sur la Suisse) are available at <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/bases-legales/Datenschutz%20-%20International/DSGVO.html> (last consulted on 18 January 2019). **27)** EDPB Guidelines (supra 25), p. 5. **28)** In the same direction, see the Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner's Guidelines (supra 26), p. 4. **29)** EDPB Guidelines (supra 25), p. 5. **30)** Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner's Guidelines (supra 26), p. 4. **31)** EDPB Guide-

lines (supra 25), p. 15. **32)** Martinier Stéphanie, Does the GDPR Impact How Charitable Organizations Solicit Donors?, *The Proskauer corporate social responsibility and pro bono blog*, 4 December 2018, available at [www.proskauerforgood.com](http://www.proskauerforgood.com) (last consulted on 12 January 2019). **33)** EDPB Guidelines (supra 25), p. 18. **34)** Consent must be given «by a clear affirmative act establishing a freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's agreement to the processing of personal data relating to him or her» (GDPR, Article 7). **35)** Kuner Christopher and Marelli Massimo (editors), Handbook on Data Protection in Humanitarian, available at <https://shop.icrc.org/e-books/handbook-on-data-protection-in-humanitarian-action.html> (last consulted on 12 January 2019). **36)** Recital 46 must be read in connection with Recital 112 on transfer of data to international humanitarian organization, as well as the relevant provisions of the GDPR strictly speaking, it being specified that they do not expressly refer to humanitarian activities. Those provisions are Article 6(1)(d) GDPR («Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: [...] processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person») and Article 9(2)(c) GDPR (regarding processing of special categories of data where «necessary to protect the vital interests of the data subject or of another natural person where the data subject is physically or legally incapable of giving consent»). **37)** GDPR, Article 5(1)(a). **38)** GDPR, Article 5(1)(f). **39)** The UK Information Commissioner's Office (ICO) published a guide on Direct Marketing (Data Protection Act and Privacy and Electronic Communications Regulations) which contains relevant research and guidance on this topic. This document is available at <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1555/direct-marketing-guidance.pdf> (last consulted on 12 January 2019). **40)** For a good overview from a regulator's perspective, see the dedicated page of the UK Information Commissioner's Office (ICO): <https://ico.org.uk/for-organisations/charity/>. Other useful resources: General Data Protection Regulation, A guide for Charities, published by Charity Finance Group, 2018 (Authors: Buzzacott, Crowe Clark Whitehill, Kingston Smith); Data Protection, A guide for charities and non-governmental organisations, published by Thomson Reuters Foundation, June 2018 (Authors: CMS, Duncan Turner, Joy Black, Claire Brown, Dentsu Aegis Network, Mahisha Rupan, Hannah Wilkinson; Thomson Reuters, Erika Hayes). **41)** GDPR, Article 7. **42)** Guidance provided by the UK Information Commissioner's Office (ICO) at <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/> (last consulted on 24 January 2019). **43)** Data Protection Network, Guidance on the use of Legitimate Interests under the EU General Data Protection Regulation, v 2.0, 6 April 2018, available at <https://www.dpnetwork.org.uk/dpn-legitimate-interests-guidance>. Recitals of the GDPR provide examples of processing that could be necessary for the legitimate interest of a Data Controller. Particularly relevant for charities in this context is Recital 47 «processing for direct marketing purposes». **44)** Guidance provided by the UK Information Commissioner's Office (ICO) at <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/when-can-we-rely-on-legitimate-interests/> (last consulted on 24 January 2019). **45)** The UK Information Commissioner's Office (ICO) gives some further insights on this: «For example, although marketing may in general be a legitimate purpose, sending spam emails in

breach of electronic marketing rules is not legitimate», available at: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/when-can-we-rely-on-legitimate-interests/> (last consulted on 12 January 2019). **46)** Martinier Stéphanie, Does the GDPR Impact How Charitable Organizations Solicit Donors?, *The Proskauer corporate social responsibility and pro bono blog*, 4 December 2018, available at [www.proskauerforgood.com](http://www.proskauerforgood.com) (last consulted on 12 January 2019). **47)** RS/SR 241. **48)** GDPR, Article 4(26). See also Kuner Christopher, International Organizations and the EU General Data Protection Regulation, University of Cambridge Faculty of Law, Paper No. 20/2018, February 2018, p. 10. **49)** Kuner Christopher, International Organizations and the EU General Data Protection Regulation, University of Cambridge Faculty of Law, Paper No. 20/2018, February 2018, p. 12. **50)** Kuner Christopher and Marelli Massimo (editors), Handbook on Data Protection in Humanitarian (supra 35), p. 24. **51)** Kuner Christopher, International Organizations and the EU General Data Protection Regulation, University of Cambridge Faculty of Law, Paper No. 20/2018, February 2018, p. 13. **52)** Kuner Christopher, International Organizations and the EU General Data Protection Regulation, University of Cambridge Faculty of Law, Paper No. 20/2018, February 2018, p. 19. **53)** See for instance IOM, available at <http://publications.iom.int/books/iom-data-protection-manual> (last consulted on 12 January 2019); UNHCR, available at <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/44570> (last consulted on 12 January 2019). **54)** GDPR, Article 83(5). **55)** See in particular the judgment of the Federal Tribunal of 29 June 2012 (ATF/BGE 139 I 72). **56)** Decision of the UK Information Commissioner's Office (ICO) of 3 April 2017 (Battersea Dogs's and Cat's Home), available at <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/mpns/2013885/battersea-dogs-and-cats-home-monetary-penalty-notice.pdf> (last consulted on 12 January 2019). **57)** Decision of the UK Information Commissioner's Office (ICO) of 3 April 2017 (Cancer Research UK), available at <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/mpns/2013883/cancer-research-uk-monetary-penalty-notice.pdf> (last consulted on 12 January 2019). **58)** The summary of this case is available at <https://iapp.org/news/a/first-gdpr-fine-in-portugal-issued-against-hospital-for-three-violations/> (last consulted on 12 January 2019). **59)** Swiss Foundations, La nouvelle législation suisse en matière de protection des données – ce qu'il faut observer, Des outils pratiques rédigés par des praticiens, Circulaire SwissFoundations, November 2018.

# INTERACTIONS BETWEEN PHILANTHROPY AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

## When corporate philanthropy and strategic philanthropy rock the boat

**This article reviews the interactions between CSR and philanthropy, in the context of their contribution to sustainable development and the common good, based on their main differences and similarities, particularly from a Swiss law perspective. It shows how the concepts of corporate philanthropy and strategic philanthropy contribute to blurring the lines between CSR and philanthropy.**

### 1. CONTEXT: FINANCING SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The United Nations started discussing the financing for sustainable development at the 1992 Rio Summit, i.e. 20 years after the book “The Limits to Growth” was published by the Club de Rome. The discussion started with the contributions from Member States. The results were formalised into the Monterrey Consensus [1], and thereafter in the 2015 Addis Abeba Action Agenda [2]. The Signatory States’ commitment to allocating part of their gross national income to official development assistance (ODA) [3] was rephrased in Objective 17 of Sustainable Development Goals (SDGs) [4] of 2030 Agenda adopted in 2016 following UN New York Summit of 2015. On this occasion, the United Nations also stressed it was important to “mobilise additional financial resources for developing countries from multiple sources” [5], advocating for the concept of blended finance, as extra-ODA funding will be clearly needed to reach the SDGs towards 2030.

With the call of the Signatory States and the United Nations for partnership with the private (business) sector and social (also called “not-for-profit”) sector for realising the SDGs, the frontier between private sector and public sector is steadily narrowing. The private sector is urged to take over social and environmental causes that were formerly under the Member States’ sole authority and domain. Meanwhile, the social sector faces the difficulty of ensuring its funding

flow, while this sector is booming and governmental funds are diminishing. The fourth sector (with organisations blending social and environmental aims with business approaches) is then attracting both the private and social sectors.

Within this context, the notions of corporate social responsibility (CSR) and philanthropy have evolved to the point where re-questioning the interconnections between the two will help to understand the forces shaping tomorrow’s concept of sustainable development.

### 2. PHILANTHROPY, CSR AND COMMON GOOD

**2.1 Philanthropy and common good.** In the absence of a unique definition, philanthropy – which etymologically means the love of humanity – is usually defined on an outcome-basis by reference to the improvement of human welfare [6]. Within this perspective, philanthropy may be defined either as seeking to use finances for the public good [7] or to improve the common good [8].

There is a marked difference between the public good and the common good. The public good refers to goods qualifying as pure proper goods (non-excludable and non-rival in consumption) [9]. The common good is a larger notion which includes public goods, collective goods (excludable, but non-rival in consumption) as well as goods with (perceived or effective) social value [10]. The excludable character of a good permits the option of asking for financial compensation for the use of the said good.

**2.2 CSR and common good.** CSR usually refers to societal expectations on ESG aspects [11] to be included in a company’s managerial decisions and activities. As the concept of sustainable development encapsulates the societal expectations on ESG aspects, CSR becomes the contribution of business to sustainable development [12].

The nexus between CSR and the common good (even the public good to a certain extent) is created through the nexus



GIULIA NERI-CASTRACANE,  
DR. IUR., ATTORNEY  
AT LAW, LENZ & STAEHELIN,  
GENEVA,  
ACADEMIC FELLOW  
AT THE GENEVA CENTRE  
FOR PHILANTHROPY



between sustainable development and the common good. The latter arises already from both the inter-generational and intra-generational dimensions of sustainable development as defined by the Brundtland report [13]. The passage from the three dimensions of sustainable development (society,

---

*“The nexus between CSR and the common good (even the public good to a certain extent) is created through the nexus between sustainable development and the common good.”*

environment and profit) [14] to the five dimensions of sustainable development of the 2030 Agenda (society, environment, prosperity, peace and governance) [15] has further accentuated this link with human welfare. This passage has a similar echo for the business world: from the triple-bottom line approach [16] (3Ps- people, profit, planet) to quintuple-bottom line (5ps- people, profit, planet, prosperity and peace) [17]. The concepts of global prosperity (global governance) and peace have made their entry into the private sector and have shaped a new definition of CSR, where the notion of prosperity has replaced one of profit. In parallel, the notion of capital is valued beyond the sole financial prism. Human, social and environmental capital is every much as vital as financial capital [18].

### 3. CSR AND PHILANTHROPY: MAIN SIMILARITIES AND DIFFERENCES

**3.1 Degree of voluntariness.** The normative pressure on CSR has increased (even if mainly in the form of soft law) to the point that the voluntary founding dimension of CSR is no longer a defining dimension [19]. Whereas philanthropy remains voluntary, as there is not yet the same degree of pressure on high net worth individuals.

**3.2 Level of alignment with societal expectations.** As a consequence of the normative context and social pressure, CSR's actors are asked to focus on problems with high societal expectations [20]. Philanthropic activities may, on the contrary, act in full misalignment with societal expectations. CSR's actors and philanthropists' causes are thus determined completely differently: once by society (i. e. the minds of many), once by philanthropist's sole mind. This allows philanthropy to reach those who would not have been reached otherwise, in the absence of certain social pressure. But this also entails a high risk of low social efficiency, as it may target objectives of low possible social value.

In other words, the necessity for CSR to align with societal expectations will lead to better social efficiency than with philanthropy. But it also pushes towards ideals with perceived or effective social value instead of pure public good for which the consensus is lower. The climate issue is an example of public good for which there is not yet a strong unanimous consensus.

That being said, the freedom bestowed on philanthropy as to the causes' selection does not necessarily result in improving the public good or even the common good. Philanthropy appears indeed in practice to target impure public ideals and focus more on the philanthropist's objectives than on funding activities with the highest possible social value [21].

**3.3 Ultimate research of financial profit.** CSR and philanthropy are often said to differ by their relationship towards profit. The focus on financial profit is the main criticism addressed to the notion of CSR. One generally refers to a difference of purpose [22].

Some clarifications are nonetheless welcome.

First, the assumption that CSR-compliant companies may only have a commercial purpose is not necessarily correct. Swiss law allows for instance corporations or LLCs to have an ideal purpose (Art. 620 par. 3 CO). This makes however only sense in practice when coupled with a commercial purpose to gain a partial tax exemption [23].

Second, philanthropic (tax-exempted) foundations may have a financial purpose. Holding foundations have a holding purpose consisting in holding participations in commercial entities [24]. The holding purpose is a financial purpose, even though the dividends – arising out of the subsidiary's commercial activity (entity with a commercial purpose or a blended purpose (ideal and commercial)) – are then spent by the foundation in line with its other (ideal) purpose.

Third, the assumption that philanthropy means absence of profit is not correct. Tax-exempted entities may realise some profits. To quote Fishman and Schwarz, the divergence with a standard corporation lies in the “non-distribution constraint”, as the social sector is barred from distributing its net earnings [25]. That being said, this divergence may also be cancelled by the articles of association of a corporation with an undertaking to reallocate the profits to activities in line with the purpose and sustainable development. However, shareholders remain free to re-amend the articles, as long as the quota to do so is reached.

Fourth, acting for the common good does not necessarily equate to having no financial returns (eg. implementation of a banking sector or a train railway are profit-making ac-

---

*“In a nutshell, the difference between CSR and philanthropy ensues from the source of funding: internal for CSR as deriving from commercial activity and mainly external for philanthropy.”*

tivities for the common good). The excludable aspect of a common good permits the option to ask for financial compensation.

Fifth, the necessity to make some profit does not necessarily equate to a duty of maximisation of profit. The legal basis supporting a duty to maximise profit is lacking in many jurisdictions [26]. Duty of diligence usually refers to the in-



Graph 1: **POSSIBILITIES OF INVESTMENT FOR STANDARD COMPANY MANAGERS**

Low or no CSR/High profits ?	High CSR/high profits <b>Always invest</b>
Low CSR/low profits <b>Never invest</b>	High CSR/low or no profit ?

terests of the company, not those of the shareholders. This is the case under Swiss law [27]. The Swiss Code of Obligations even refers to the notions of prosperity and sustainable prosperity of the company (in particular in the context of constitution of reserves) [28]. There is also room for understanding the notion of capital beyond the sole financial prism. The prosperity and sustainability of a company mean a long-term vision, which is not possible without caring for society, i.e. without acting for the common good, respectively with a social utility. This is also the meaning of the concept of “social license to operate” [29]. Thus, sacrificing profit for the common good is possible within a CSR approach.

In a nutshell, the difference between CSR and philanthropy ensues from the source of funding: internal for CSR as deriving from commercial activity and mainly external for philanthropy. That being said, returns on invested capital may also be an important source of funding for philanthropy in practice, especially now that governmental funds are diminishing. Managers of CSR-compliant companies are permitted to allocate assets in favour of the common good and even the public good without a financial return by the business judgement rule, albeit up to a certain extent. Limitations arise from the risk of non re-election (usually one-year term) or revocation by shareholders and the duty to ensure the company’s survival, meaning some profit must be made.

In other words, there is a conceptual difference towards profit between philanthropy and CSR, but this does not mean that the said difference always materialises in practice. On many occasions, there might be a convergence. Summarising the possibilities of investment for standard company managers, shows (in green) where convergence is possible between philanthropy and CSR (Graph 1).

**3.4 Duty to survive.** CSR and philanthropy may converge or diverge on their relationship with the future existence of their respective vehicles. The duty of diligence of a CSR-compliant corporation is usually oriented towards the interests of the company [30], while the duty of diligence in philanthropic foundations is focused towards the founder’s intent [31]. Depending on the way the articles of incorporation of the philanthropic foundations have been drafted, there is convergence or divergence with CSR in the approach to time.

While making corporate decisions, managers of CSR-compliant corporations must consider that the corporation has to ultimately survive in time, as it must continue to have a commercial activity.

However, depending on the wording of the articles of incorporation, managers of philanthropic foundations do not

Graph 2: **CREATING SHARED VALUE**



have to have the same long-term oriented approach. The foundation’s articles of incorporation may provide a time limit or maximum duration. They can also include a duty to annually allocate part of the foundation’s assets to the mission (foundation with consumable assets – *fondation à capital consommable*) or, on the contrary, to only use revenues of the assets for the mission (foundation without limitation in time – *fondation pérenne*), determining indirectly the entity’s timescale [32].

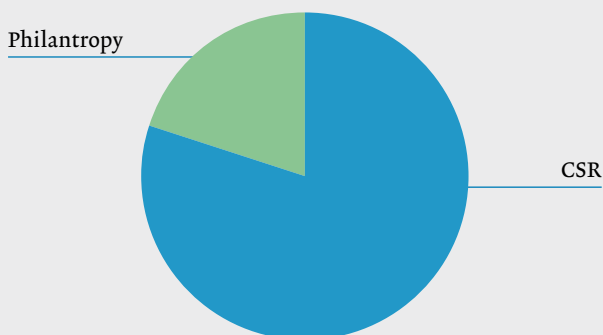
**4. THREE MAIN APPROACHES OF THE INTERACTION BETWEEN PHILANTHROPY AND CSR**

**4.1 CSR as an evolution of philanthropy.** Based on the historical trend of corporations donating to NGOs which are responsible for delivering the social benefits some scholars consider that CSR has evolved from a philanthropic/altruistic CSR to the beyond-philanthropy/regulated CSR [33]. The rise of a legal (even in the form of soft law) framework for CSR has institutionalised and internalised the CSR efforts.

In this context, philanthropy is seen as giving money without any purpose other than funding NGOs or other social actors. The evolution towards CSR derives from the research of meeting social needs and assuming accountability for matching these needs. The duty (at least in a soft law form) to align with societal expectations makes CSR an evolution of philanthropy. This approach is illustrated by the layout proposed by Mark Kramer and Michael Porter in their award-winning article on Creating Shared Value (Graph 2) [34].

**4.2 Philanthropy as part of the CSR bigger cake.** Another approach is to consider philanthropy as a slice of the CSR

ANZEIGE

Graph 3: **PHILANTHROPY A SLICE OF THE CSR CAKE**

bigger cake. Using the notorious CSR Pyramid of Archie Carrol [35], Geoffrey Lantos [36] developed the distinction between three kinds of CSR: (i) ethical CSR, (ii) altruistic CSR and (iii) strategic CSR.

While strategic CSR is linked to the accomplishment of strategic business goals, and ethical CSR is morally driven to prevent possible harm, altruistic CSR, in Geoffrey Lantos' view, goes beyond ethical CSR towards alleviating public welfare deficiencies, regardless of whether or not there will be a benefit for the business [37]. It is not a passive position (not doing harm), but an active one (doing good).

With such a perspective, in common with philanthropy altruistic CSR has the will to improve human welfare. Philanthropy is then one of the tools used to implement CSR. Some consider philanthropy as the noblest part of CSR. Others see it only as a necessary but not sufficient part of CSR [38]. Under this approach, philanthropy is a slice of the cake but not the cake itself because of its voluntary dimension and relationship towards profit (*Graph 3*). Contrary to CSR actors, philanthropists are not required to implement a management of environmental, social and governance (ESG) risks and factors within their organisations and outside (over subsidiaries and commercial partners). Contrary to philanthropy, CSR actors may not spend all the funds for a cause or project, which does not bring minimum financial returns.

**4.3 Philanthropy beyond CSR.** Another approach is to consider that philanthropy surpasses CSR, as the two notions do not share the same objectives. In this perspective, CSR activities are inevitably restrained by a target of profit due to the “natural” purpose of companies, whereas “pure” philanthropy has no such limitations [39]. This approach can be illustrated by two antagonist arrows (*Graph 4*).

Instead of focusing on the convergence possibilities (see the green boxes in *Graph 1*), this approach stresses the limits of CSR for the common good (the need to ensure some profit).

## 5. DISRUPTIVE NOTIONS OF CORPORATE PHILANTHROPY AND STRATEGIC PHILANTHROPY

**5.1 Corporate philanthropy: philanthropy by the private sector.** Beyond simply being considered a type of cor-

Graph 4: **PHILANTHROPY BEYOND CSR**

porate contribution [40], corporate philanthropy is itself an approach to philanthropy.

When CSR transcended from a triple-bottom line approach to the quintuple-bottom line approach – promoted by the SDGs – corporate philanthropy went through an internal shift, resulting in two main corporate philanthropy attitudes called *strategic corporate philanthropy* on one hand and *corporate philanthropy* on the other [41].

Strategic corporate philanthropy is a means for a corporation to exercise philanthropy with a tie to the business of the company. Such philanthropy is tainted by the ultimate pursuit of an increase in financial capital, be it directly or indirectly (higher knowledge, major brand exposure, new customers, etc.).

Corporate philanthropy is a means for a corporation to exercise philanthropy without a tie to the business of the company. In other words, it is a “pure” exercise of philanthropy exercised by a corporation.

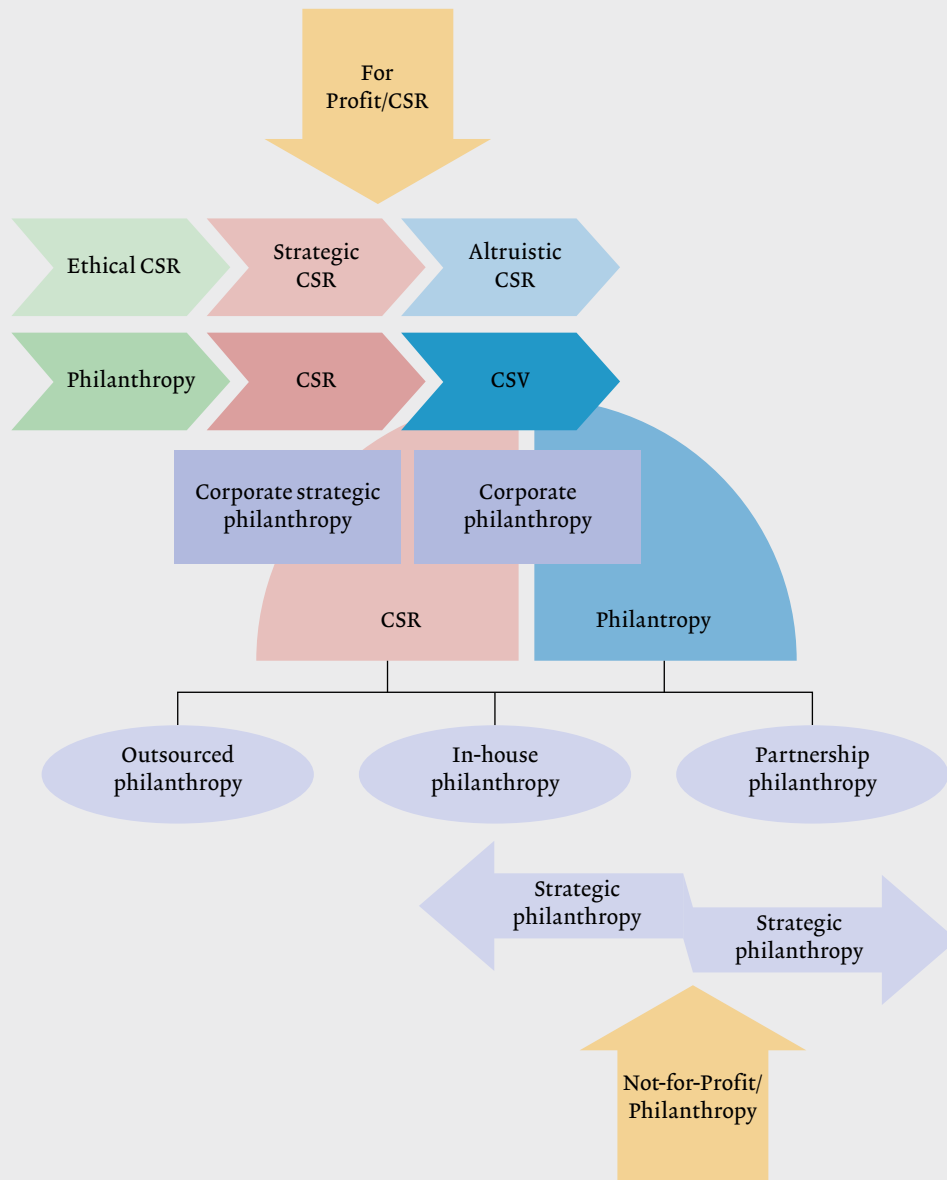
*“Both the nature of impact researched today by global philanthropy and the size and organisational structure of philanthropic entities further increase the financial bias.”*

Corporate philanthropy thus mitigates the difference between CSR and philanthropy as to the quest for profit, since it may be selfless. A critical view would be that there is no pure corporate philanthropy, as corporate philanthropy is always by essence tainted by the pursuit of an advantage for the company, be it the sole brand exposure and reputation in a world where reputation is the major asset. A possible answer would be that philanthropy is never wholly selfless, as it can be “driven by anything from a sense of religious obligation to fear” [42].

**5.2 Strategic philanthropy: social efficiency and business practices in philanthropy.** Strategic philanthropy is both a quest for more social efficiency and the integration of business practices in philanthropy.

Following the old short-term, non-global and undisciplined philanthropy in the early stages, a more long-term vision in philanthropy, called “scientific philanthropy” emerged as an answer in the middle of the 20<sup>th</sup> century [43]. With scientific philanthropy, the debate and activities focused on the causes

Graph 5: **HOW DO CORPORATE PHILANTHROPY AND STRATEGIC PHILANTHROPY FIT INTO THE APPROACHES TO INTERACTIONS OF CSR AND PHILANTHROPY?**



of the problems, rather than on addressing the global issues themselves. This way of practicing philanthropy has fallen short on effective results. Consequently, the concept of impact has risen to the point of becoming the new mantra of the social sector. Strategic philanthropy (defined by some as the new scientific philanthropy) has decided to focus on the impact of activities on the short, medium and long term, as an answer to poor efficiency, including poor social efficiency [44].

In order to achieve its impact objective, strategic philanthropy applies the same mechanisms derived from the private sector (in particular in terms of understanding and meeting needs) [45]. The overlap with the private sector not only relates to the mechanisms but may touch the targeted objectives. This, for two main reasons:

→ First, financial outcomes are the most easily measurable results, thus there a risk to prioritising financial objectives.

Pressure for clear figures from donors or investors further influences the valuation method towards a financial approach.

→ Second, strategic philanthropy is often realised on a global scale (“global philanthropy”) by sizable philanthropic entities with involvement of various actors (Member States, NGOs and the private sector). Both the nature of impact researched today by global philanthropy and the size and organisational structure of philanthropic entities further increase the financial bias. During the time of Henry Dunant, Andrew Carnegie and John Rockefeller, impact was reached through the creation of global governance mechanisms [46]. Today, global philanthropists target impact on the field, as global governance has reached its limits and non-governmental actors have expanded. With public funding lacking, the quest for private funding is increasing as are the number of partners from the private sector. The challenge is to iden-

tify the partners' true targets, respectively their undisclosed targets, among which there might be a pursuit of financial returns [47]. Besides, most of the philanthropic entities committing to strategic philanthropy programmes have reached a size and organisational structure similar to that of some companies. They care for their survival, not least because

*“Convergence between CSR and philanthropy is possible in their actions for the common good, both with activities where there is no financial return and where there is some.”*

they care for their employees. Therefore, they are more and more interested in positive financial returns to ensure their survival and even their growth.

Strategic philanthropy thus represents a shift by philanthropy towards CSR as it alleviates the difference between the two notions at the level of alignment with societal expectations (through its quest for more social efficiency) and questions the absence of research of profit by the philanthropic sector. It also represents a move from philanthropy for the public good to philanthropy for the common good.

### 5.3 Disruption as a convergence and divergence point.

All three models are correct as in some cases there might be convergence and in others divergence between CSR and philanthropy.

A corporation may donate part of its profits to third parties for the public good (or the common good) without assuming direct accountability. A typical example is a corporate donation to an NGO. This act of corporate philanthropy is not as evolved as CSR and takes the form of an outsourced philanthropy.

As part of its CSR efforts, the same corporation may permit its employees to offer their services during paid time for the public good. This *in-house corporate philanthropy* then becomes part of the company's CSR bigger cake efforts.

If a similar form of philanthropy is performed through a corporate foundation, it is either *in-house corporate strategic philanthropy* or *in-house corporate philanthropy*, depending on whether the cause pursued by the corporate foundation is determined on the basis of the business activities of the founding entity (i. e. business corporation), with a target of increasing the capital or not. If in the affirmative and the

focus is made on impact, one can say it is (in-house) *strategic corporate strategic philanthropy*. If in the negative, it is (in-house) *strategic philanthropy* performed through a corporate foundation (i. e. corporate strategic philanthropy, not to be confused with strategic corporate philanthropy). The same applies if the corporation decides to enter into partnership with other actors. The illustration below shows how the concepts of corporate philanthropy and strategic philanthropy fit into the approaches to interactions of CSR and philanthropy (Graph 5).

## 6. CONCLUSION

Convergence between CSR and philanthropy is possible in their actions for the common good, both with activities where there is no financial return and where there is some. In the absence of a legal duty to maximise profit, managers of CSR-compliant companies may sacrifice the profit for goods with high (perceived or effective) social value as long as the survival of the company is guaranteed. They may even do so to keep the social licence to operate and ensure the survival of the company on the long term. Considering the shareholders' right to revoke the managers and their usual one-year re-election term, the corporate managers' margin for sacrificing profit may in practice be reduced, depending on the type and nature of the shareholding. If CSR-compliant managers may not sacrifice the profit in any and all situations, this may also be true for managers of philanthropic entities, especially in those foundations that are not limited in time or may not use part of the assets for the mission. With the fall in public funding, philanthropic entities are attracted by projects with a financial (even low) profit.

Corporate philanthropy can be both an example of conversion and an example of divergence between CSR and philanthropy, depending on whether it is strategic corporate philanthropy or pure corporate philanthropy. In the latter case, corporations may even practice a philanthropy for the public good.

The rise of strategic philanthropy shows that business practices are encroaching more and more on philanthropic territory, aided by the rise of rich capitalists converted to philanthropy and the decrease of public funding pushing philanthropic entities towards new sources of funding. In parallel, as stated by Objective 17 of SDGs, the private and social sectors are being asked to further pair together for sustainable development. This reality, coupled with the focus of philanthropy on impact, is pushing all actors towards the economic dimension of sustainable development and changing the trajectory of philanthropy from a public good orientation to a common good orientation. ■

**Notes:** 1) Adopted at the International Conference on Financing for Development in 2002. 2) Agreed in 2015 as part of the UN resolution A/Res/69/313. 3) Signatory States committed to allocating 0.7% of the gross national income and between 0.15 and 0.2% to least developed countries. 4) The Sustainable Development Goals were adopted following Rio + 20 Summit's decision to re-draft the Millennium Goals of 2000. 5) Third financial target of Goal 17 of the SDGs. 6) See for instance Oxford dictionary's definition of philanthropy "the desire to promote

the welfare of others, expressed especially by the generous donation of money to good causes". 7) Robert H. Bremmer, *American Philanthropy*, University of Chicago Press, 1988, pp. 2–3. 8) Robert L. Payton/Michael P. Moody, *Understanding Philanthropy: Its Meaning and Mission*, Bloomington: Indiana University Press, 2008, p. 6. 9) Carlo Borzaga/Luca Solari, *Management challenges for social enterprises*, in Carlo Borzaga/Jacques Defourny (Editors), *The Emergence of Social Enterprise* (Routledge Studies in the Management of Voluntary and Non-Profit

Organizations), Routledge; 1 edition, May 9, 2004, pp. 333–349, Chap. 19. 10) *Ibidem*. 11) Giulia Neri-Castracane, *les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise. Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Schulthess, Zurich, 2016, pp. 51–52. 12) This is in particular the definition of CSR by the Swiss government (see [https://www.seco.admin.ch/seco/en/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Gesellschaftliche\\_Verantwortung\\_](https://www.seco.admin.ch/seco/en/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Gesellschaftliche_Verantwortung_)



der\_Unternehmen.html). **13**) Roland Bardy, Public goods, sustainable development and business accountability: Macro-micro linkages, *World Journal of Entrepreneurship, Management and Sustainable Development*, 2013, Vol. 13 Issue: 1, pp. 34–43. **14**) World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, 1987. **15**) *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable development*, A/RES/70/1, p. 3. **16**) John Elkington, *Cannibals with Forks: the Triple Bottom Line of 21<sup>st</sup> Century Business*, New Society Publishers, 1998. **17**) Johanna Christ/Christian Schmid innovative approach to analysing happiness at work applied to the Generation Y in Germany, Munich Business School Working Paper, 2016. **18**) Mark McElroy, *Sustainability and Multicapitalism – Together at Last!*, (10 april 2014). **19**) Giulia Neri-Castracane, les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise. *Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Schulthess, Zurich, 2016, p. 53. **20**) Social pressure has become a new normative source, see Giulia Neri-Castracane, *On the way to the crime of ecocide*, in Xavier Favre-Bulle (Editor), *Natural Resources Exploitation: Business and Human Rights*, Chap. 5, § 6; Henry Peter/Giulia Neri-Castracane, *Einfluss und Wirkungen von Corporate Social Responsibility auf den Finanzplatz*, in: Peter Sester/Beat Brändli/Olivier Bartholet/Reto Schiltkecht, *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht- Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen*, Dike Verlag, Zurich/St. Gall, 2017, § 6, p. 146. **21**) Nathalie Monnet/Ugo Panizza, *A Note on the Economics of Philanthropy*, Graduate Institute of International and Development Studies International Economics Department Working Paper Series, September 2017, p. 3. **22**) Georg von Schnurbein/Sara Stühlinger, *Revisiting the Relationship of CSR and Corporate Philanthropy by Using Alignment Theory*, CEPS Working Paper Series No. 6. Basel: CEPS, 2015. **23**) A typical example is private schooling companies with an educational purpose (ideal purpose) and a commercial purpose (subscription fees, summer/winter camps etc.). **24**) See Delphine Bottge, *Shareholder Foundations (Holding Foundations)* in Switzerland, published

in the same edition of *Expert Focus*, p. 180 ff. **25**) Stephen Schwarz/James Fishman: *Taxation of non-profit organizations, cases and materials*, 3<sup>rd</sup> edition, Foundation Press, 2010. **26**) Giulia Neri-Castracane, *Does the Business Judgment Rule Help Promote Corporate Social Responsibility?*, in: *Frontiers of Law in China*, volume 10, no. 1. March 2015, pp. 8–23; Giulia Neri-Castracane, les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise. *Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Schulthess, Zurich, 2016, pp. 220–237. **27**) Ibidem; see Article 717 par. 1 of the Swiss Code of Obligations. **28**) Articles 669 par. 3, 674 par. 2 n. 2, 764 par. 2, 801 of the Swiss Code of Obligations. See on this aspect Roland Ruedin, *Gestion durable et formes de sociétés*, in Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet (Eds.), *Economie, environnement, éthique: de la responsabilité sociale et sociétale: Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Genève, Schulthess, 2009. **29**) John Morrison, *The Social License-How to Keep Your Organization Legitimate*, Palgrave MacMillan, 2014. **30**) Giulia Neri-Castracane, les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise. *Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Schulthess, Zurich, 2016, pp. 220–237. **31**) Loïc Pfister/Filippo Lurà, *La Fondation*, Schulthess, 2017, p. 120. **32**) Loïc Pfister/Filippo Lurà, *La Fondation*, Schulthess, 2017, pp. 78–79/ Article 717 par. 1 of the Swiss Code of Obligations. **33**) Paul Tracey/Nelson Phillips/Helen Haugh, *Beyond Philanthropy: Community Enterprise as a Basis for Corporate Citizenship*, *Journal of Business Ethics*, June 2005, vol. 28, Issue 4, pp. 327–344; Januarius Jingwa Asongu, *Strategic Corporate Social Responsibility in Practice*, Greenview Publishing Company, 2007, pp. 21–22. **34**) Michael Porter/Mark Kramer, *Creating shared value, How to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, 2011. In that context, *Creating Shared Value*, is seen as an evolution of CSR, as “traditional” CSR concept’s maximum possibilities was to promote an enlightened shareholder value and not a value for all stakeholders. One may also share the view that CSR concept has evolved, so it is

possible to place each stakeholder at the same level. **35**) Archie Carroll, *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, in: *Business and Society*, vol. 38, n. 3, pp. 268–295, September 1999. **36**) Geoffrey Lantos, *The Boundaries of Strategic Corporate Social Responsibility*, *Journal of Consumer Marketing*, Volume 18, Issue 7, 2001, pp. 595–632. **37**) Ibidem. **38**) Archie Carroll, *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, *Business Horizons*, July-August 1991. **39**) Georg von Schnurbein/Sara Stühlinger, *Revisiting the Relationship of CSR and Corporate Philanthropy by Using Alignment Theory*, CEPS Working Paper Series No. 6. Basel: CEPS, 2015 (and references). **40**) Corporate philanthropy is also a company’s way of giving back to community through financial donations and non-cash contributions, and which can take the form of outsourced philanthropy, in-house philanthropy or partnership philanthropy depending on the level of externalisation of the philanthropic activity. **41**) Klaus Leisinger/Karin Schmitt, *Corporate Responsibility and Corporate Philanthropy*, Novartis Foundation for Sustainable Development, 2012. **42**) Jeremy Youde, *The role of philanthropy in international relations*, in: *Review of International Studies*, 2018, p. 3 (and references). **43**) Helmut Anheier/Diana Leat, *Creative Philanthropy: Toward a New Philanthropy for the Twenty-First Century*, London, Routledge, 2006. **44**) The academic notion of impact must be distinguished from the common notion of impact, which is evaluated in practice and focuses on outputs and outcomes in the short and medium term. **45**) John Kania/Mark Kramer/Patty Russell, *Strategic Philanthropy for a Complex World*, in: *Stanford Social Innovation Review*, Summer 2014. **46**) Nathalie Monnet/Ugo Panizza, *A Note on the Economics of Philanthropy*, Graduate Institute of International and Development Studies International Economics Department Working Paper Series, September 2017, p. 5. **47**) See contribution of Henry Dunant to the Red Cross, Andrew Carnegie to the Peace Palace and John Rockefeller to the League of Nations.

ANZEIGE

Albin Kistler



# EIGENE METHODEN

Verlässliche Fakten schaffen, statt  
einfach Marktkonsens übernehmen.

Wir halten Wort.

# EFFECTIVE CORPORATE GOVERNANCE OF FOUNDATIONS

## Directional best practice for impact-oriented Swiss foundations

**Nonprofits – especially foundations – are increasingly expected to operate as effectively as possible and, in recent years, calls for improved accountability and transparency have become more strident than ever. In addition, foundations compete with new forms of mission-driven for-profits. If they want to stand out in this competitive environment, foundations must undertake an important shift from good intentions to real impact. One way to support this change is to formalise foundations’ corporate governance.**

### 1. INTRODUCTION

With 15.6 foundations per 10 000 inhabitants in 2018 [1], Switzerland actively positions itself internationally as a paradise for foundations. By comparison, the USA – which is also regarded as a major centre for foundations, has only 2.6 per 10 000. In Switzerland, charitable foundations manage assets estimated at around 97 billion Swiss francs. These numbers have shown no signs of slackening in the past few years; indeed, half of all the country’s charitable foundations have been created in the last 20 years. Despite the dynamism driving the Swiss foundation sector, concerns over the allocation of its resources raise many as-yet-unanswered questions. While a lot of academic research has been undertaken on private enterprises, only a few works focus on the corporate governance of nonprofit organisations – despite their growing contributions to the economic, social and environmental quality of our societies.

The fact that nonprofit organisations have always been seen as “different” from business organisations may explain this lack of interest. Nowadays, however, the line separating them seems more blurred than ever. And the line between these two worlds will continue to blur. For-profits are increasingly pursuing mission-driven cultures, implementing long-term strategies and trying to take the lead on social and environmental change. At the same time, nonprofits are increas-

ingly expected to operate as effectively as possible in achieving their missions: there is clearly an economic mandate, and organisations that fail to articulate how they use funding and to demonstrate their performance face difficulties in raising new funds. As a consequence, directors are increasingly applying management practices originally developed for the business sector to measure and maximise their impact, such as strategic planning, risk analysis, market analysis, financial accounting and auditing, and quantitative performance evaluation. This remains true to some extent even where it is not the foundation itself that manages its assets, but where they are owned by one or more subsidiaries.

Although it has been argued for decades that “the adoption of structures and practices from the for-profit sector is neither a feasible nor even a desirable solution to problems facing many nonprofit organisations” [2], this statement now seems outdated. The economic importance of the nonprofit sector has reached unprecedented proportions. However, the skills, resources and experience of directors seem inadequate to meet the new needs of most foundations. According to a recent study, more than a quarter of nonprofit directors do not have a deep understanding of their organisation’s mission and strategy [3]. Nearly one-third are dissatisfied with the board’s ability to evaluate organisational performance, and a majority do not believe that their fellow board members are very experienced or engaged with their work [4].

Effective governance practices are critical for every firm that wants to achieve great impact, be it for-profit or nonprofit. While foundations continue to distinguish themselves from their business counterparts (cf. *infra*, 1.) on a number of measures, nonprofit board governance is structurally similar to for-profit governance (cf. *infra*, 2.). Much like corporate directors, foundation board members have the primary responsibilities of strategic planning (cf. *infra*, 2.1.), adopting the organisational structure (cf. *infra*, 2.2.) and monitoring the foundation’s finances (cf. *infra*, 2.3.). The



GUILLAUME JACQUEMET,  
PHD CANDIDATE,  
UNIVERSITY OF GENEVA,  
VISITING RESEARCHER  
AT THE STANFORD CENTER  
ON PHILANTHROPY  
AND CIVIL SOCIETY  
(STANFORD PACS)

similarities end, however, where mission fulfilment takes precedence over shareholders' interest in maximising returns. A multi-stakeholder approach offers a satisfactory solution to the apparent lack of accountability on the part of foundation boards (cf. *infra*, 3). This external accountability creates a specific need to maintain the highest possible degree of transparency with regard to the financial statements, governance structures, strategic objectives and results (cf. *infra*, 4.).

## 2. SPECIFICITIES OF FOUNDATIONS

Swiss law governing foundations is part of a constitutional order characterised by responsible freedom, a subtle balance of powers and the subsidiarity of state activity [5]. As such, Swiss foundation law is considered quite liberal and relatively flexible, and differs in this regard from other models [6]. This freedom is, however, limited to the establishment of the foundation. Once established, the founder is no longer able to freely modify its core organisation. Future organisational changes are only permitted in exceptional cases and under very strict material and formal conditions. Aside from tax considerations (not covered here), the founder should take three specific characteristics of foundation governance into account when deciding how the foundation should be administered: a foundation does not have any members or owners (cf. *infra*, 1.1.), it follows a special purpose (cf. *infra*, 1.2.) and it is subject to supervision by a public authority (cf. *infra*, 1.3.).

**2.1 A legal form without owners or members.** A foundation can be established relatively easily and without excessive bureaucracy, simply “by the endowment of assets for a particular purpose” [7]. Four defining features are laid down in art. 80 of the Swiss Civil Code (CC): (i) an independent pool of assets, (ii) with legal personality, (iii) organised and (iv) dedicated to a special purpose. These elements must be made explicit in the act of dedication – i.e. the declaration of intent made by the founder – and the foundation deed. This endowment is what distinguishes a foundation from other non-profit organisations, and in particular from associations [8]. Foundations under Swiss law are indeed institutional in nature [9] and are therefore self-sufficient entities: they have no members or owners, only beneficiaries.

**2.2 A legal form with a special purpose.** Under art. 80 CC, a foundation is established “by the endowment of assets for a particular purpose”. The latter is “the soul and the heart of the foundation” [10] and must be respected in all the foundation's operations. It is up to the founder to freely determine the object pursued by the foundation [11]. Foundations generally pursue an ideal purpose [12], but this need not be legitimised by a public interest or an overriding social interest [13]. Of course, general legal restrictions apply: the purpose may not be in violation of objectively mandatory laws or fundamental moral values [14]. The kinds of goals that can be pursued are very extensive. Non-exhaustively, a foundation can be established for artistic, charitable, cultural, educational or scientific purposes. In any case, the founder's will

is the starting and reference point for all the foundation's activities [15].

**2.3 A legal form subject to a supervisory authority.** Foundations are subject to supervision by Swiss public authorities, which may be federal, cantonal or municipal, depending on the nature and scope of the foundation's purpose [16] (art. 84 al. 1 CC). The mandate of the authority is the same, regardless of its level: ensuring that the foundation's assets are used for the declared purpose (art. 84 al. 2 CC). The monitoring covers both the management and the use of assets [17]. The mandate of the supervisory authority must be understood in broad terms [18]. It also covers the foundation's overall organisation [19].

## 3. OVERALL MANAGEMENT OF THE FOUNDATION

“Responsibility for the foundation does not lie with the founder, nor does it lie with the supervisory authorities, but rather it lies with the foundation board.” [20] The board is thus the governing body of the foundation. It manages all of its activities and affairs and is responsible for the “overall management of the foundation”. This notion covers all aspects of a foundation, from its strategic direction (cf. *infra*, 2.1) to its organisation (cf. *infra*, 2.2.) and its finances (cf. *infra*, 2.3.).

### 3.1 Strategic direction of the foundation

**3.1.1 The choice of philanthropic goals.** Their mission-oriented strategy is what distinguishes nonprofits from their for-profit counterparts. Nonprofits have missions instead of owners or shareholders [21]. While the primary precept for board members of for-profit organisations is to enhance shareholder value (although stakeholder theory does allow for consideration of the impact on all stakeholders of an enterprise), non-profit board members' primary responsibility is to ensure mission fulfilment (in an effective way).

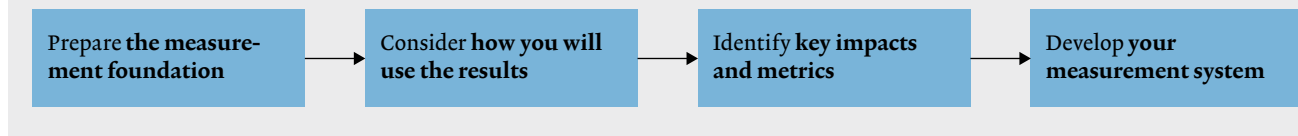
A foundation is specifically established to pursue a particular purpose [22]. Whereas the founder can freely determine the purpose of the foundation, once set, it is the responsibility of the foundation board to ensure that this will be respected and implemented on a day-to-day basis. The members of the board act in a fiduciary capacity and must therefore be well acquainted with the mission, vision and purpose of the foundation in order to regularly reinterpret it over time and as circumstances evolve.

The board's mission obviously does not end there. Achievement of the main purpose of the foundation requires precise and clear goals and programmes to be defined, focusing both on the near and the long term. One of the fundamental criteria in choosing among various goals should be the expected (social) return [23]. As resources are limited, the ultimate objective of a strategy should be to achieve the greatest possible impact, which is “at the opposite end of the spectrum from good intentions” [24].

As the concept of expected (social) return accounts for the risk involved in achieving the intended outcome [25], it first requires a risk assessment to be conducted. Such an evaluation provides indications about the likelihood of success of specific goals or programmes and forces management bod-



Figure 1: EPSTEIN AND YUTHAS, THE IMPACT MEASUREMENT ROADMAP



ies to be realistic about failure – but can also bring up innovation opportunities. On this basis, they are also able to understand the foundation’s risk tolerance, which is fundamental in choosing the right approach to achieve the objectives (promoting knowledge, improving individual lives or lobbying and influencing policymakers and businesses).

Once the foundation has determined its risk appetite, it is then appropriate to design a strategic plan, i.e. a plan for achieving impact. Many in philanthropy prefer the term “theory of change” when describing the planning process, which is the core of the organisation’s strategy. As the empirical basis underlying any social intervention, a theory of change “embodies the causal links between the activities the organisation will perform and the ultimate outcome” [26]. In other words, it outlines how a set of activities can lead to an organisation’s intended outcomes. Depending on the field in which the foundation operates, its directors can rely on existing theories of change, which may be more or less developed (apparent, demonstrated or proven effectiveness) [27].

**3.1.2 Implementation of the strategic plan.** “Without good implementation, the best of strategies is worthless” [28]. That said, implementation is hardly ever automatic. Board members cannot merely set goals, adopt theories of change and expect that effectiveness will follow [29]. Rather, they must ensure that the necessary resources are well allocated – first financially, but also at an organisational level. It is therefore essential to assign the right responsibilities to the right executives and, if necessary, to make changes to the foundation’s organisational structure to enable them to work on the front lines of strategy [30].

As the formulator of the strategy, the board should definitely be involved in the implementation process. Doing so can help bridge the gap between action and control, and ultimately help the proper implementation of the plan. The degree of engagement essentially depends on the size of the foundation, or sometimes on the leadership skills of one particular member. Visionary leaders – rightly or wrongly associated with small organisations – will typically be strongly committed and will stay in close contact with the minutiae of implementation [31]. In a more complex and hierarchical structure, board members will prefer to eschew any role in executing strategy and limit their duty to a monitoring function [32]. This latter model therefore requires an appropriate management information system (MIS), allowing immediate feedback of relevant information.

**3.1.3 Monitoring progress and increasing impact.** Strategy is a process. Implementation is also too “complex to assume that

strategy can be developed at just one point in time and remain fixed” [33]. Performance measurement helps the board to monitor how investments are creating – or not – the expected (social) return. On this basis, the board can learn and adjust its strategy and, ultimately, take action to increase effectiveness.

However, measuring impacts can be a difficult process, and organisations often do not know how to do it. Working through the stages of the “impact measurement roadmap” [34] can help the board identify robust methods of assessment and maximise the foundation’s impact (figure 1).

Many proven evaluation methods already exist in practice, each with its own strengths and limitations [35]. Using techniques that have already proven their effectiveness can save time, limit costs and increase the reliability and comparability of the findings [36]. It is important here to apply the same method over time. Finally, by using measures adopted by other organisations in the same field, the board will be able to benchmark the foundation’s performance against its “competitors” or partners [37].

Once the outcome data have been collected and analysed, they should be used – in a strategic way – to increase the impact of the foundation’s activities. The board should therefore use data to identify weaknesses that can be improved upon its strategy, but also opportunities that can be capitalised on. Three strategic approaches can be considered for increasing impact: innovation, scaling and sharing [38].

**3.2 Organisation of the foundation.** Under art. 83 CC, the foundation charter “shall stipulate the foundation’s governing bodies and the manner in which it is to be administered.” Like business corporations, foundations are generally governed by a board of directors. By stating that “the board of trustees” shall appoint external auditors, the law (in art. 83b CC) explicitly assumes that the supreme governing body of the foundation should be established in the form of a board of directors. However, this rule is not mandatory, and in some cases, the supreme governing body may not take the form of a board. For example, some foundations have assemblies of founding or accredited members (*Trägerversammlung*), which are considered the supreme governing body [39]. Clearly defined beneficiaries (*Destinatärversammlung*) with decision-making and election powers may also be constituted by the deed of foundation [40].

No other legal rules address the issue of organisation. However, everyone agrees that, as the highest body for governance of the foundation, it is the responsibility of the board to determine the organisational structure of the foundation. One of the legal duties of the board is indeed to ensure that the foundation has a proper organisation for (effectively) imple-



menting the foundation purpose. This generally includes the internal organisation of the foundation's board (cf. *infra*, 2.2.1.) and the determination of the management system (cf. *infra*, 2.2.2.). Note that if the planned system of organisation appears inadequate or insufficient, the supervisory authority must intervene (art. 83d CC).

**3.2.1 Organisation of the board.** The organisation and functioning of the board shall first comply with the mandatory legal rules (very rare), and only then with the provisions of the foundation charter, the articles of association and the organisational regulations. When drawing up the organisational regulations, the foundation board may – or should – take into account current best practice. There are two key themes to address in relation to structural efficiency, and therefore impact: the composition of the board and its committees.

**3.2.1.1 Board composition.** Finding the optimal board composition is not easy and depends on internal and external circumstances. The “magic formula” is that “the board of directors should be small enough in numbers for efficient decision-making, but large enough for its members to contribute experience and knowhow from different fields and to allocate management and control functions among themselves” [41]. Although one size does not fit all, best practice recommends that the board of a foundation should ideally be composed of five to seven members [42].

The founder or major donors will often be interested in being members of the board. Nevertheless, board membership should not be tied directly to the contributions the foundation receives. Rather, the board should be composed of persons with the required specialist and personal skills, resources, diversity and dedication so that an “independent formation of will” [43] is made possible. Competence in the area of the foundation purpose is not sufficient on its own.

**3.2.1.2 Board committees.** Structurally, the board of directors can divide some of its tasks among its members, grouped into committees. This best practice, developed in for-profit companies, is now becoming the norm for foundations that want to be highly effective. To this end, the Swiss Foundation Code (SFC) recommends that the board “examines whether to form permanent or *ad-hoc* committees for certain tasks and projects” [44].

Unlike the Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, the SFC does not impose any specific committee. If the focus is on efficiency and impact, then at least three types of permanent committees can be expedient: a governance committee, a strategic committee and an audit committee. Other committees may be advisable depending on the specific characteristics of the foundation, typically an investment committee or a grant-making committee. As the non-profit sector grows, more risks emerge. Setting up a risk committee is the best way to identify, mitigate and manage these risks, which already appears to be a best practice.

The question has been raised as to whether committees may include persons who are not formally members of the foundation board, for example members of the management,

or even third parties. Stating that “committees that do not possess the necessary decision-making competence can also call upon persons external to the foundation to become members,” [45] the SFC seems (wrongly) to admit this possibility. Distribution of functions and tasks within the board

---

*“One of the legal duties of the board is indeed to ensure that the foundation has a proper organisation for (effectively) implementing the foundation purpose.”*

means that committees are necessarily composed of members of the board [46]. However, they can use the services of third parties to assist them in certain tasks [47]. It is thus possible – and in some cases advisable – to invite external persons or experts to committee meetings; however, that does not make them formal members of the board.

**3.2.2 Delegation of business management.** The foundation board is granted all rights and powers that are not expressly delegated to another body, which means that it may delegate all or part of its “transferable powers”. The delegation may be in favour of one or multiple members of the foundation board (delegated director), a third party (director) or even an external third party (service provider) – contrarily to the division of tasks. The notion of “transferable powers” must be understood as opposed to the “non-transferable duties”, i.e. the overall management of the foundation (discussed in this section), the choice of executive director and the appointment of the auditors. As such, boards can delegate to executives beyond those three required duties.

Concretely, the foundation board will delegate the operational management of the foundation. This delegation is essential: it creates a two-tiered governance system, which is an indispensable prerequisite for functioning checks and balances [48]. Board members indeed often recognise that they cannot run the company themselves and therefore limit their authority to the oversight of the foundation – without crossing the line into management. This means that the board does not necessarily have to assume the day-to-day management of the foundation itself but must determine its fundamental orientations and oversee every aspect of the decisions it has delegated to management. For example, the board will set and plan the strategy as described above but entrust the implementation to the executives. Also, since the assets allocated play a decisive role in the life of the foundation, the board is responsible for initiating an investment policy that clearly outlines the investment objectives, the roles and responsibilities, and the performance expectations; management is then responsible for implementing this. From a financial perspective, this includes the validation of the foundation's planning and financial control, which also means that the board is not supposed to be directly responsible for keeping the accounts.

**3.3 Financial monitoring.** Since the introduction of the new accounting principles in 2013, all legal entities – foundations included – must keep accounts and file financial reports in accordance with the law (art. 957 al. 2 of the Swiss Code of Obligations [CO]). Foundation law indeed states that the provisions of the CO on commercial bookkeeping and accounting apply *mutatis mutandis* (art. 83a CC). Some exceptions apply. Typically, foundations that are not required to be entered in the commercial register or that are exempt from the requirement to appoint an auditor under art. 83b para. 2 CC are only required to keep accounts on income and expenditure and on their asset positions (art. 957 al. 2 lit. 2 and 3 CO). The others must keep accounts, filed in an annual report, which contains the balance sheet, the profit and loss account and the notes to the accounts (art. 958 al. 2 CO). Additional requirements apply when a foundation fulfils the criteria for an ordinary audit by an auditor (cf. art. 727 CO)[49]. In any event, it is the responsibility of the foundation board to maintain its business ledgers. In accordance with art. 83b CC, the board shall also appoint an independent external auditor, who must annually audit the foundation's accounts. Finally, the auditor must monitor compliance with the provisions of the articles of association (the deed of foundation and other regulations of the foundation). The audited annual accounts and the annual report are generally further reviewed by the (public) supervisory authority.

Irrespective of its size, it is now recommended that every foundation put in place an internal control system (ICS)[50]. This largely involves implementing policies and procedures for supervision and proper management that protect the assets of an organisation, create reliable financial reporting and promote compliance with laws and regulations. Effective internal controls help protect and manage the foundation assets against fraud, embezzlement and inaccurate financial reporting. Therefore, the ICS serves as another crucial mechanism of checks and balances, and facilitates efficient operations. A large part of the doctrine considers that the ICS should go beyond mere accounting procedures and include all areas of the organisation [51]. That is also the solution adopted in practice [52]. Ultimately, the objective of internal control is to properly exercise the overall management of the organisation, which implies including both the strategic and organisational aspects. Having an overview of all levels of operation and organisation is particularly important when it comes to conducting a risk assessment and thereby avoiding losses being incurred.

#### 4. ACCOUNTABILITY

Unlike business corporations, the board of a foundation is not elected by shareholders precisely because, as previously stated, foundations have no shareholders, but only beneficiaries. The foundation charter may vest in some foundation-accredited members or some beneficiaries to elect the board of directors periodically, but this is rarely done. It is generally the founder who sets up the first members of the foundation board. They will then renew themselves by a cooptation process [53]. Most boards are in consequence self-perpetuating [54]. As a result, board members can feel

little responsibility for their actions since they are accountable to no one [55] – provided they obey the law.

**4.1 Classic (corporate) duties.** In the absence of any specific rule in the law of the foundation, it has been suggested that members of the board should – as fiduciaries – obey the same duty of loyalty prevailing in a mandate agreement [56], under which “the representative is liable to the principal for the proper and faithful execution of the mandate” [57]. This analogy is also used to assign to the board of a foundation – just as to any corporation board – three primary legal duties: (i) the duty of care, (ii) the duty of loyalty and (iii) the duty of obedience.

(i) *The duty of care.* The members of the board must exercise their activity with care and ensure prudent use of assets, people and goodwill. This implies that they are sufficiently available and have the necessary skills.

(ii) *The duty of loyalty.* The members of the board must subordinate their personal interests in good faith to those of the foundation and its mission at all times. This also means publicly disclosing any conflicts of interests.

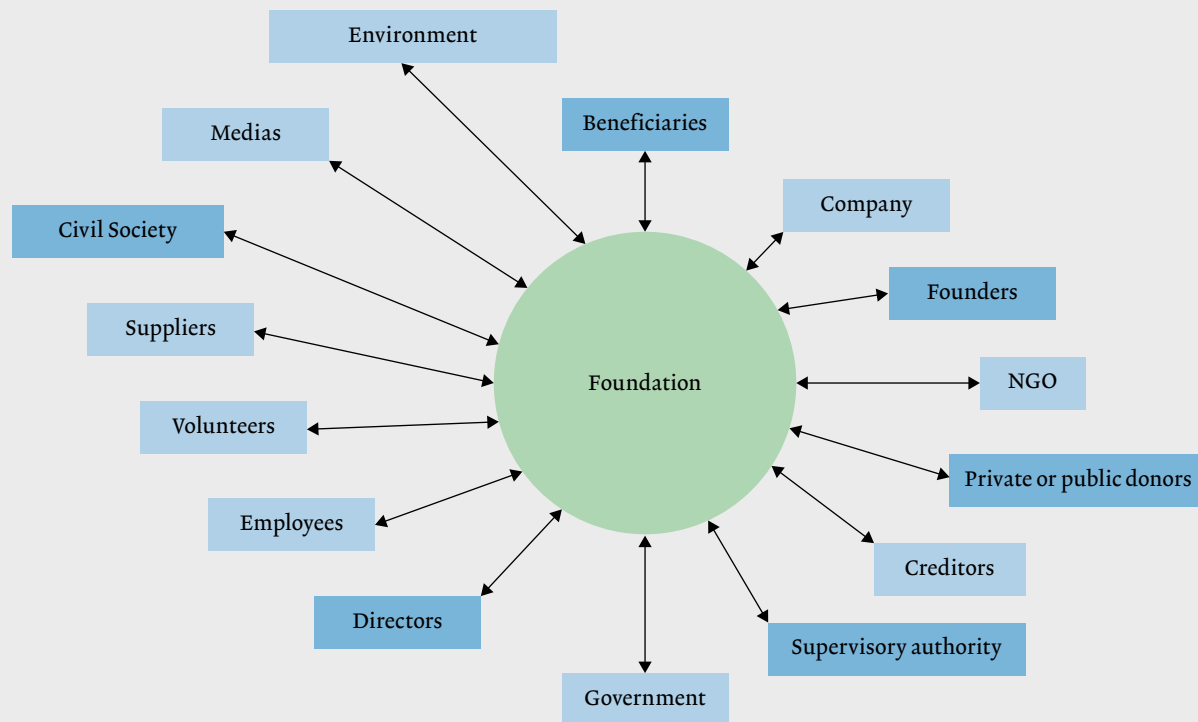
(iii) *The duty of obedience.* The members of the board must ensure that the foundation obeys all applicable laws and regulations and does not engage in any illegal activities. This also means that the board must carry out the foundation's purpose as stated by its founder.

Thus, the board acts solely on behalf of the foundation itself; hence, these three duties are addressed to the board itself, which in reality gives rise to a circular reasoning. As such, the good governance of a foundation essentially rests on the moral and ethical qualities of its board. A more systematic approach is therefore required to ensure that boards are effectively accountable for their actions.

**4.2 Stakeholders (broader) approach.** In the corporate governance literature, the most suitable – or predominant – legal and economic framework for analysing relationships in organisations is the principal – agent theory. The agency relationship has been defined as “a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision-making authority to the agent” [58]. However, in nonprofit organisations, it is unclear who should be regarded as the principal, since there are no owners in the sense of shareholders [59]. Although a foundation has no owners, there are organisational stakeholders whose stake in the organisation and utilities is affected by its activities – or by the lack of them.

The concept of “stake” can, in its broadest sense, be interpreted as a mere interest in an organisation [60], whether legal, intellectual, moral or political. Very concretely but not exhaustively, a foundation's stakeholders may be founders, creditors, private or public donors, beneficiaries, managers, employees, volunteers, suppliers and even direct or indirect

Figure 2: FOUNDATIONS' STAKEHOLDERS



“competitors” of the foundation. Public authorities, communities, non-governmental organisations (NGOs), some important media and, more generally, civil society also represent other influential actors [61]. It is no longer contested that the preservation of the environment and living species, as well as the needs of future generations, constitute interests worthy of protection which should be considered by any foundation (figure 2) [62].

Under Swiss law, the foundation – and its directors – are not the agent of a particular stakeholder, whether the founder(s), major donors or the beneficiaries. Whether the foundation should – or wants to – favour a specific constituent over another is therefore a purely normative question. Answering it requires a balancing of economic, sometimes legal and even moral interests. However, the task seems simpler for non-profit organisations (compared with for-profits), in particular foundations. In the absence of owners, the “sacrosanct” question of ownership does not arise, since no one can claim any residual rights attached to property, not even the founder.

Nevertheless, there is (unfortunately) no reason to expect that all stakeholders have identical objectives. Indeed, each of the foundation’s constituencies has its own goals, which can be furthered through a subtle interplay of pressures (either by imposing conditions on the contract or by withholding future donations or dealings) [63], but also through alliances or lobbies. In this complex and dynamic environment, the objective and the mission of the board should be to identify, arbitrate between and integrate the interests of multiple stakeholders into the foundation’s decision-making process [64]. In carrying out their task, directors can rely on existing frameworks and typologies [65].

## 5. TRANSPARENCY

“Sunlight [being] the best of disinfectants” [66], it quickly became apparent that the dissemination of information was – or should be – at the heart of good corporate governance practices [67]. It has been pointed out that greater transparency would promote better management [68]. Organisations (i.e. foundations) should therefore understand their interest in spontaneously disclosing certain information [69].

Yet, despite the (*a priori* virtuous) power of transparency, it has long had pejorative connotations for all kinds of organisations – and their directors – which have not taken a very favourable view of state interference in their affairs [70]. This is particularly true of the nonprofit sector, and of foundations in particular, which precisely undertake activities of a public character that are not addressed by the state or pursue unpopular tasks that may arouse a harsh reaction [71]. It has been argued that in pursuing their objectives, foundations sometimes need to operate “under a veil of discretion” [72], especially when they operate in undemocratic countries.

Nevertheless, transparency helps to attract, and to retain, funding, volunteers (or talents), members and other stakeholders. Most importantly, it also “communicates a message to society that foundations warrant people’s trust” [73]. This requires the transparency to be properly defined, regulated and perhaps above all wisely applied. Yet the law is essentially silent. Private regulation promotes a functional approach to transparency: “neither secrecy for secrecy’s sake, nor transparency for transparency’s sake” [74]. Organisations must therefore find the optimal balance in their disclosure exercises. In any case, these should cover two specific types of information: financial (cf. *infra*, 4.1.) and organisational (cf.

*infra*, 4.2.). Hence, in order to signal their financial and organisational efficiency, nonprofits must also demonstrate the value of their outcomes or impact with regard to their mission (cf. *infra*, 4.3.).

**5.1 Financial transparency.** In terms of internal management, it has been said that transparency forces directors to confront the sometimes unpleasant reality of the figures submitted to them, as well as any market criticism [75]. This makes accounting an essential tool for proper management of the organisation. However, accounting and financial information also enables investors (i.e. donors) and creditors – current or potential – and other stakeholders to understand and assess the foundation’s financial performance and efficiency. Over the past decade, this interest in the effectiveness of foundations has been steadily increasing among all stakeholders.

While foundations are required to keep accounts and file financial reports in accordance with the law [76], they are, however, not legally obliged to disclose this information, either to their stakeholders or to the public. It is nevertheless now widely accepted that “strict confidentiality of financial information is no longer compatible with the contemporary understanding of the work of a foundation” [77]. The Swiss Foundation Code therefore recommends that the board should “ensure that interested members of the general public can obtain a sufficient picture of the financial position of the foundation” [78]. Therefore, foundations that produce an annual report should certainly make it available to the public. In the other cases, basic financial statements – i.e. the balance sheet, income statement and the notes to the accounts – should be disclosed. Since a majority of foundations are required to obtain an audit, the disclosure of their results should also be a common practice.

Considering the particular nature of foundations and their activities, specific information about the asset management costs, the total amount of grants paid out and their destination (if possible with a list of individual funding) and foundation operating revenues and costs should also be provided [79]. If necessary, some measures can be taken to protect the privacy of some individuals or parties, such as donors or beneficiaries.

**5.2 Organisational transparency.** While accounting and financial transparency makes it possible to monitor the sound management of the organisation through the figures, it reveals only part of the picture. In particular, it does not reflect the general organisation of the entity. The disclosure of important points relating to the company’s corporate structures and management is, however, essential to understanding the company’s operations. Every organisation should therefore present its operational structure, i.e. the internal components that serve as the basis for management decision-making.

Under current positive law, there is no rule requiring generalised transparency in this area. No particular format of presentation is *a fortiori* prescribed, and foundations – i.e. their directors – have a great deal of latitude in the choice, scope and quality of the information they intend to commu-

nicate in relation to their corporate governance system. The Swiss Foundation Code nevertheless recommends that the foundation “informs the public in an appropriate manner about its (...) organisational structure (...)” [80]. In this respect, information relating to the internal organisation of the board of directors, i.e. the distribution of tasks within it, as well as its composition (with brief biographical information highlighting the skills and contributions of these individuals), and the allocation and delimitation of tasks of its committees, if any, should be disclosed.

Information relating to the management of the organisation is also essential, especially when this has been delegated. In this case, clear indications on the division of powers between the board and the executive management should be provided. This should include the extent of the relations and the frequency of interaction between the board and the management team, as well as the tools and the means implemented to monitor the management bodies.

**5.3 Performance-related transparency.** Unlike businesses, foundations cannot use financial returns as common measures of success. While measuring impact can be a difficult process and requires careful planning [81], finding a good way to transparently communicate results can be even more difficult. Philanthropy is indeed “a field with poor feedback and messy signals – and those signals are often distorted by the pervasive flattery that colours transactions in the money-giving business” [82].

A performance report provides information on the effectiveness and efficiency of the funds used. It allows the foundation to disseminate transparent information on its work and its results. It is therefore also an important tool for communicating with stakeholders – especially with founders and donors, which have a legitimate interest in knowing whether the organisation is actually achieving impact [83]. The Swiss Foundation Code recommends that “the foundation informs the public in an appropriate manner about its purpose, grant-making policy and strategy” [84]. While the purpose actually defines the foundation, it is always worth pointing this out clearly and regularly. Obviously, this is not enough. The specific philanthropic goals that translate the main purpose into concrete objectives and the strategies put in place to reach these programme goals should also be disclosed with clarity. The concrete activities in which the foundation has been involved during the year should also be reported.

If, as suggested in the second part of this paper, the foundation has clearly defined the goals pursued and continuously monitored its progress, the next step is to disclose the achieved outcomes – be they positive or negative. There is no standard or best practice in the field. It is certainly useful to provide guidance on how impact has been measured and assessed [85]. In any event, the information provided must be reliable, relevant and above all comparable. To that end, if a programme extends over several years, it is essential to use the same evaluation method each year. The same should apply to similar programmes being implemented within the foundation, but also to programmes being carried out by other organisations.



## 6. CONCLUSION

Impact-oriented foundations are quite simply enterprises (i.e. an activity combining resources and work in order to achieve a specific goal). Contrarily to other private companies, however, the foundation is not the agent of its founder, major donors or its beneficiaries; it is solely (institutionalised) assets dedicated to a particular purpose. While it is true that this specificity distinguishes the foundation from other legal forms, it seems more a question of degree than of kind. In achieving their missions, foundations also respond to an economic mandate and face the same forces as for-profit organisations. If they want to survive in this competitive environment, foundations must undertake an (important) shift from good intentions to real impact, governing themselves in an effective and efficient way. One way (among many) to support this change is to formalise the foundation's corporate

governance. This first requires a strong and effective board, which is able to assume the overall management of the foundation. It also requires a sufficient level of accountability towards all stakeholders of the foundation and the public in general. Finally, it requires the foundation to operate with the greatest transparency. Implementing strong and reliable processes and procedures with regard to these three aspects will almost certainly help the foundation maximise its impact. However, past events have shown that even the best structural governance has never been enough on its own to prevent business failure. Nonprofits may have a card to play here. When boundaries between nonprofit and for-profit entities have never been so blurred, a moral and ethical orientation, alongside a thriving corporate culture, will certainly play a critical role in the future success of any organisation. ■

**Footnotes:** 1) Rapport sur les Fondations en Suisse, 2018, p. 6. 2) Jeffrey A. Alexander and Bryan J. Weiner, The Adoption of the Corporate Governance Model by Nonprofit Organizations, in: *Nonprofit Management & Leadership*, Vol. 8, No. 3 (1998), pp. 223 to 242, p. 223; see also: Alex Fischer, *Corporate Governance bei Stiftungen – von der Selbstverständlichkeit des Guten*, in: FS für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich 2006, p. 649. 3) David F. Larcker, Nicholas E. Donatiello, Bill Meehan and Brian Tayan, 2015 Survey on Board of Directors of Nonprofit Organizations, Stanford GSB, Rock Center for Corporate Governance, BoardSource, and GuideStar (2015), p. 3. 4) *Ibidem*. 5) Loïc Pfister, La fondation, Guide pratique des personnes morales et des sociétés, Schulthess (2017), No. 51, p. 22. 6) Henry Peter, Les avocats et la philanthropie, *Revue de l'avocat* (2018), pp. 79 to 85, p. 81. 7) Art. 80 CC. 8) Lucas R. Arrivillaga and Georg von Schnurbein, The Swiss Legal Framework on Foundations and its Principles About Transparency, *International Journal of Not-for-Profit Law*, Vol. 16, No. 1 (2014), p. 32. 9) Cf. art. 52 al. 1 CC. 10) Loïc Pfister, La fondation, No. 100, p. 35. 11) The freedom of the founder is a fundamental principle of Swiss foundation law, termed the “freedom of foundation”. 12) ATF 120 II 137. 13) Loïc Pfister, La fondation, No. 82, p. 30. 14) See art. 52 al. 3 CC, art. 19 and 20 CO. 15) Swiss Foundation Code (2015), p. 16. 16) Although this may be surprising, the seat is not a decisive factor. 17) Loïc Pfister, La fondation, No. 787, p. 205. 18) *Ibidem*. 19) Loïc Pfister, N 792, p. 206, mentioning art. 81 al. 2 and 83d CC. 20) Swiss Foundation Code, p. 40. 21) Richard Graziano, Vincent Hillyer and Donald Layden Jr., *Being Deliberate About Strategy Through Leadership and Governance*, in: Michael Mortell and Tine Hansen-Turton (eds.), *Making Strategy Count in the Health and Human Services Sector: Lessons Learned from 20 Organizations and Chief Strategy Officers*, Springer (2013), p. 249. 22) Cf. supra, 1.2. 23) Paul Brest and Hal Harvey, *Money Well Spent: A Strategic Plan for Smart Philanthropy*, Second Edition, Stanford University Press (2018), pp. 24ss. 24) Brest/Harvey, p. 11. 25) Brest/Harvey, p. 25. 26) Brest/Harvey, p. 54. 27) See Paul Brest, *The Power of Theories of Change*, *Stanford Social Innovation Review* (2010), pp. 47 to 51. 28) Paul Brest, *Strategic Philanthropy and Its Discontents*, *Stanford Social Innovation Review* (2015), pp. 47 to 51. 29) Patricia Patrizi and Elizabeth Thompson, *Beyond the Vener of Strategic Philanthropy*, *Foundation Review*, Vol. 2, Issue 3, p. 59. 30) Patrizi/Thompson, p. 59. 31) John

M. Bryson, *Strategic Planning for Public and Nonprofit Organizations: A Guide to Strengthening and Sustaining Organizational Achievement*, 5<sup>th</sup> Edition, Wiley (2017), p. 301. 32) Richard P. Chait, William P. Ryan and Barbara E. Taylor, *Governance as Leadership: Reframing the Work of Nonprofit Boards*, Wiley (2011), p. 75. 33) Patrizi/Thompson, p. 54. 34) Marc J. Epstein and Kristi Yuthas, *Measuring and Improving Social Impacts: A Guide for Nonprofits, Companies, and Impact Investors*, *Stanford Social Innovation Review* (2014), p. 31. The roadmap is discussed in depth in Chapter 9 of their book. 35) For examples, see Brest/Harvey, pp. 78 to 84. 36) Epstein/Yuthas, p. 103. 37) *Ibidem*. 38) Epstein/Yuthas, p. 149. 39) Pfister, N 212, p. 65. 40) *Ibidem*. 41) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, *Economiesuisse* (2015), p. 10. 42) Swiss Foundation Code, Recommendation 6, p. 50. 43) *Ibidem*. 44) Swiss Foundation Code, Recommendation 10, p. 64. 45) *Ibidem*. 46) CR CO II-Peter/Cavadini, N 58 ad art. 716a CO. 47) *Ibidem*. 48) Swiss Foundation Code, p. 41. 49) Such foundations must provide additional information in the notes to the annual accounts, include a cash flow statement and prepare an annual report presenting the economic situation of the foundation and highlighting aspects not included in the annual accounts (art. 961 ff. CO). The annual report must provide information on the conduct of a risk assessment (art. 961c para. 2 lit. 2 CO). 50) Swiss Foundation Code, p. 45. Note that, in the case of “economically significant foundations”, the auditing agency is legally obliged to verify the existence of an internal control system, see: art. 728a al. 1 lit. 3 CO. 51) See CR CO II-Peter/Cavadini, N 25 ad art. 716a CO, with further references. 52) Swiss Foundation Code, p. 45. 53) Loïc Pfister, No. 226, p. 68. 54) George W. Dent, Jr., *Corporate Governance without Shareholders: A Cautionary Lesson from Non-Profit Organizations*, 39 *Del. J. Corp. L.* 93 (2014), p. 97. (2005). 55) Joshua B. Nix, *The Things People Do When No One Is Looking: An Argument for the Expansion of Standing in the Charitable Sector*, 14 *U. Miami Bus. L. Rev.* 147, p. 159. 56) Loïc Pfister, No. 269, p. 78. 57) See art. 398 al. 2 CO. 58) Michael C. Jensen and William H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3 (1976), No. 4, pp. 305 to 360, p. 308. 59) Cf. supra, 1.1. 60) See Archie B. Carroll and Ann K. Buchholtz, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, 7<sup>th</sup> Edition (2008), p. 84. 61) Thomas Donaldson and Lee Preston, *The stakeholder theory of the*

modern corporation: Concepts, evidence and implications, *Academy of Management Review* 20, 1995. 62) Rob Gray, Dave Owen and Adams Carol, *Accounting and Accountability: Changes and Challenges in Corporate Social and Environmental Reporting* (1996), p. 46; Starik Mark, *Is the Environment an Organizational Stakeholder? Naturally!* *International Association for Business and Society (IABS)* (1993), pp. 466 to 471. 63) Evelyn Brody, *Agents Without Principals: The Economic Convergence of the Nonprofit and For-Profit Organizational Forms*, *New York Law School Law Review* (1996), p. 461. 64) See Henry Peter and Guillaume Jacquemet, *Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance*, *RSDA 3/2015*, p. 175, defending an extended principal-agent theory of for-profit organisations. 65) See, Mitchell Ronald K., Agle Bradley R., Wood Donna J., *Toward a Theory of Stakeholder Identification and Saliency: Defining the Principle of Who and What Really Counts*, *The Academy of Management Review*, Vol. 22, No. 4 (1997), pp. 853 à 886. 66) Louis D. Brandeis, *Other People's Money and How the Bankers Use It*, *New York* (1914), p. 92. 67) Peter Böckli, *Corporate Governance und “Swiss Code of Best Practice” – Leitlinien für die Gestaltungsarbeit des Verwaltungsrats*, in: Hans Caspar von der Crone, Rolf H. Weber, Roger Zäch, Dieter Zobl (eds.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser*, pp. 257–286, p. 260. 68) Louis Lowenstein, *Financial Transparency and Corporate Governance: You Manage What You Measure*, *Columbia Law Review*, Vol. 96 No. 5 (1996), pp. 1335 to 1362, p. 1336: “(...) good disclosure has been a most efficient and effective mechanism for inducing managers to manage better.” 69) As the first beneficiaries of transparency, see: Peter, *Devoir de transparence des entreprises*, p. 29. 70) Increased transparency mainly benefiting the tax authorities. 71) Arrivillaga/von Schnurbein, p. 39. 72) *Ibidem*. 73) *Ibidem*. 74) See Swiss Foundation Code, p. 71, using the term “functional transparency”. 75) Louis Lowenstein, *Financial Transparency and Corporate Governance: You Manage What You Measure*, *Columbia Law Review*, Vol. 96, No. 5 (1996), pp. 1335–1362, p. 1342. 76) Cf. supra, 2.3. 77) Swiss Foundation Code (2015), Recommendation 29, p. 123. 78) *Ibidem*. 79) Swiss Foundation Code (2015), Recommendation 29, pp. 123 and 124. 80) *Ibidem*. 81) Brest/Harvey, p. 10. 82) Cf. supra, 2.1. 83) Paul Brest, *The Power of Theories of Change*, p. 47. 84) Swiss Foundation Code (2015), Recommendation 12, p. 69. 85) Cf. supra, 2.1.

# SUSTAINABILITY FOOTPRINTING AS A TOOL TO IMPLEMENT MISSION-RELATED INVESTING

## How to use portfolio-level measures of sustainability to better align investment strategy and mission

**Traditionally, philanthropic organizations have separated grant-making from endowment management. This article discusses how the concept of sustainability footprinting can be used to better align endowment management and philanthropic objectives.**

### 1. INTRODUCTION

Typically, endowment management does not reflect the charitable objectives of a philanthropic organization. Rather, endowment management focuses predominantly on fiduciary aspects. Emerson (2003) refers to this separation as “firewalling” [1]. The rapid development of sustainable investing (see GSIA, 2015) [2] in combination with the advent of a new type of impact-focused philanthropist (see Goldseker and Moody, 2017 [3]; Morgan Stanley, 2014 [4]) have put this traditional separation into question. Some have even gone so far as to question whether foundations can pursue philanthropic goals without aligning endowment management and their broader mission: for instance, Victor de Luca, president of the Noyes Foundation noted that it “makes no sense to use 5% of [...] assets to try to promote something, while the other 95% might be doing something totally contrary” (see Emerson, 2003) [5].

Given that there is now an increasingly blurred line between traditional philanthropic endeavors and investments that seek financial returns alongside positive societal and environmental impact, there is a debate about whether philanthropic organizations should align their investment policies with their broader mission. The practice of reflecting mission in endowment management is known as *mission-related investing* (see Fritz and Schnurbein, 2015) [6] and could potentially be used to complement a foundation’s charitable activities. From a foundation’s perspective, mission-related investing has two attractive features: First, the same capital can be de-

ployed multiple times. Second, a larger amount of a foundation’s financial assets can be used to further its mission. Both features imply that foundations could potentially leverage their social and environmental impact by relying on mission-related investing, an aspect that might be particularly relevant in jurisdictions in which foundations do not have to comply with minimum giving requirements.

Sustainable investing – with its different forms of implementation, such as screening, shareholder engagement, thematic investments, and impact investing – offers a variety of tools to foundations and endowments that could potentially help implement such mission-related investing. CFA (2015) [7] or Krauss, Krueger, and Meyer (2016) [8] provide an overview of the most common forms of implementing sustainable investing. The present article discusses the concept of portfolio-level sustainability footprinting and how this sustainable investing technique can be used to better align a philanthropic organization’s stock investments with its overall mission.

### 2. THE SUSTAINABILITY FOOTPRINT OF A STOCK PORTFOLIO

In a recent research paper, Gibson Brandon and Krueger (2018) [9] propose a way of quantifying the overall sustainability characteristics of a stock portfolio. The idea of the sustainability footprint is to systematically quantify the environmental, social, and governance (ESG) characteristics of a stock portfolio. Much like the return on a stock portfolio, which is simply the weighted average return of the stocks that are contained in the portfolio, Gibson Brandon and Krueger (2018) posit that the sustainability footprint (or “*impact*”) of a stock portfolio can be measured as a weighted average sustainability score of the portfolio’s components.

The idea of the portfolio-level sustainability footprint is to have a single number that summarizes the overall sustainability of a stock portfolio. It is formally defined as

$$\text{Sustainability\_Footprint}_t = \sum_{j=1}^{N_t} w_{jt} \times \text{Susty}_{jt}. \quad (\text{Equation 1})$$



PHILIPP KRUEGER,  
ASSOCIATE PROFESSOR  
OF FINANCE,  
UNIVERSITY OF GENEVA,  
SWISS FINANCE INSTITUTE,  
GENEVA AND ZURICH

In this equation,  $w_{jt}$  denotes the portfolio weight of stock  $j$  in period  $t$ , the term  $Sust_{jt}$  is the sustainability score of stock  $j$  in period  $t$ , and  $N_t$  is the total number of stocks that is contained in the portfolio in period  $t$ . The sustainability footprint is thus a combination of portfolio weights and stock-level sustainability scores. Just like a value-weighted portfolio return captures the average return of a portfolio's components, the sustainability footprint captures the aver-

*“Sustainable investing – with its different forms of implementation, such as screening, thematic investments, or impact investing – offers a variety of tools to foundations and endowments that could potentially help implement such mission-related investing.”*

age sustainability score of the stocks that make up a portfolio. According to Equation 1, the sustainability footprint of the investor depends primarily on (i) the sustainability scores of the individual stocks in the investor's portfolio and (ii) the magnitude of the individual stock holdings. Most often, the stock-level sustainability scores are scaled in a way that higher values represent better sustainability outcomes. Thus, higher values for the sustainability footprint are more desirable.

### 3. MEASURING SUSTAINABILITY AT THE STOCK-LEVEL

As explained in the previous section, calculating the sustainability footprint of a portfolio requires information on (i) the portfolio weights of the different stocks held in a portfolio and (ii) the sustainability scores at the stock-level. Therefore, an important aspect in calculating the sustainability footprint of a portfolio concerns the choice of stock-level sustainability scores. Typically, the sustainability of a stock is measured using stock-level ESG scores. Two kinds of stock-level ESG scores exist. On the one hand, there are *conduct-based* scores, which quantify the ESG (or sustainability) characteristics of a company's operations. On the other hand, there are *product-based* sustainability scores, which quantify the extent to which the products and services of a firm are contributing towards sustainable development.

To measure a stock's sustainability, Gibson Brandon and Krueger (2018) use *conduct-based* ESG scores. These scores quantify the sustainability characteristics of the operations of a firm. As such, these scores measure, for instance, whether the management of a firm takes into consideration issues such as climate change, waste reduction, energy efficiency, human rights, minimum labor standards, or broader corporate governance aspects. Krauss, Krueger, and Meyer (2016) provide an overview of some of the most important ESG issues that are considered when determining such *conduct-based* sustainability scores.

Table 1: **STRUCTURE OF MSCI ESG SUSTAINABLE IMPACT METRICS**

Pillar	Themes	Categories
Environmental impact	Climate change	1. Alternative energy 2. Energy efficiency 3. Green building
	Natural capital	4. Sustainable water 5. Pollution prevention
Social impact	Basic needs	6. Nutrition 7. Major disease treatments 8. Sanitation 9. Affordable real estate
	Empowerment	10. Education

Source: MSCI

Instead of using *conduct-based* scores of the abovementioned type to measure the sustainability of a stock, an alternative approach consists of using scores that capture the sustainability characteristics of a company's products and services. Such *product-based* sustainability scores measure to what extent the products and services of a company are aligned with sustainable development. WCED (1987)[10] provides more context on the concept of sustainable development.

There are now increasingly *product-based* sustainability assessments which seek to quantify how a firm's products and services contribute to sustainable development. For example, the *MSCI ESG Sustainable Impact Metrics* [11] (see MSCI, 2018 [12]; Nishikawa and Menou, 2016 [13]) provide information on the fraction of a firm's total revenues that is derived from products and services that positively contribute to attaining the Sustainable Development Goals (SDGs). The SDGs, also known as the 2030 Agenda for Sustainable Development, are an intergovernmental set of seventeen development goals with 169 specific targets that were adopted in 2014 by the UN

*“Typically, endowment management does not reflect the charitable objectives of a philanthropic organization.”*

General Assembly. Broadly speaking, the SDGs address the major environmental and social challenges of our time (see United Nations, 2017)[14]. The goals are, for instance, concerned with reducing poverty, ending hunger, providing access to quality education and healthy living conditions, combating climate change, and protecting the natural environment [15].

The SDGs play an increasingly important role in policy-making and for that matter in investment management too. For instance, institutional investors are now seeking ways to analyze whether their portfolios are aligned with the SDGs. To this end, the *MSCI ESG Sustainable Impact Metrics* inform about the extent to which products and services of publicly listed firms relate to the issues defined by the SDGs. To pro-



duce such information, MSCI has created a mapping between products sold by publicly listed companies and the seventeen SDGs. More specifically, MSCI quantifies the share of a firm's revenues that is related to a specific SDG. The MSCI ESG Sustainable Impact Metrics are organized along a taxonomy of pillars, themes, and categories. Table 1 provides an over-

*“A philanthropic organization with a social mission could thus use a sustainability footprint focusing on social aspects to guide its mission-related investment strategy.”*

view of the structure and topics covered by the MSCI ESG Sustainable Impact Metrics.

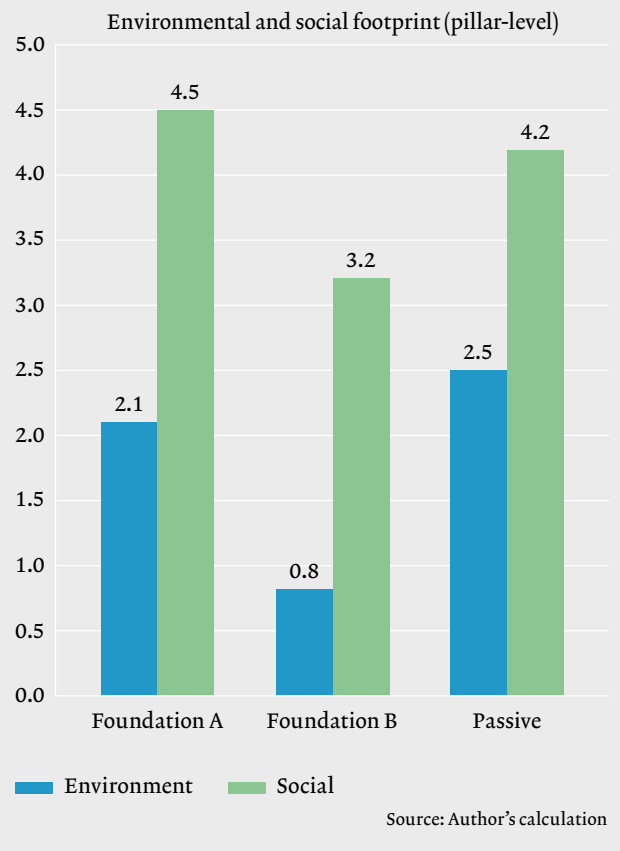
The basic idea of the MSCI ESG Sustainable Impact Metrics is to determine the extent to which the products and services of publicly listed firms are related to the issues captured by the pillars, themes, and categories shown in Table 1. MSCI provides an assessment of the percentage of a firm's total revenues that is related to each pillar, theme, or category.

The broadest assessment is at the pillar-level. It consists of measuring the percentage of a firm's total revenues that is related to the environmental or social issues captured by the SDGs. Within the social and environmental pillar, MSCI has identified specific impact themes. Hence, moving from pillars to themes, the assessment become more refined. For example, the climate change theme allows identifying if a firm derives revenue from products and services that help combatting climate change. Examples of such products and services would be the production or distribution of alternative energy and the provision of energy efficiency enhancing products and services. In a similar spirit, the natural capital theme allows identifying firms that offer products and services that help to protect natural capital, for instance, by preventing pollution or addressing water scarcity or quality issues. Within each theme, MSCI has defined even finer categories. For example, the social categories Nutrition (6.), Major disease treatments (7.), or Education (10.) allow identifying companies that derive revenues from providing basic nutritional products (e.g., sources of carbohydrates, fruits and vegetables, etc.), developing treatments for major diseases (e.g., HIV/Aids, depressive disorders, Malaria, Alzheimer), or selling education related products and services used in school environments (e.g., educational books).

#### 4. USING THE SUSTAINABILITY FOOTPRINT TO IMPLEMENT MISSION-RELATED INVESTING

The idea behind mission-related investing is to align a philanthropic organization's endowment management with its mission. Portfolio-level sustainability footprints can help foundations to achieve this goal. Sustainability footprints provide information about whether an investment portfolio is aligned with certain social and environmental themes. For instance, a sustainability footprint calculated using MSCI's

Figure 1: **SUSTAINABILITY FOOTPRINTS AT THE PILLAR-LEVEL USING MSCI ESG SUSTAINABLE IMPACT METRICS**



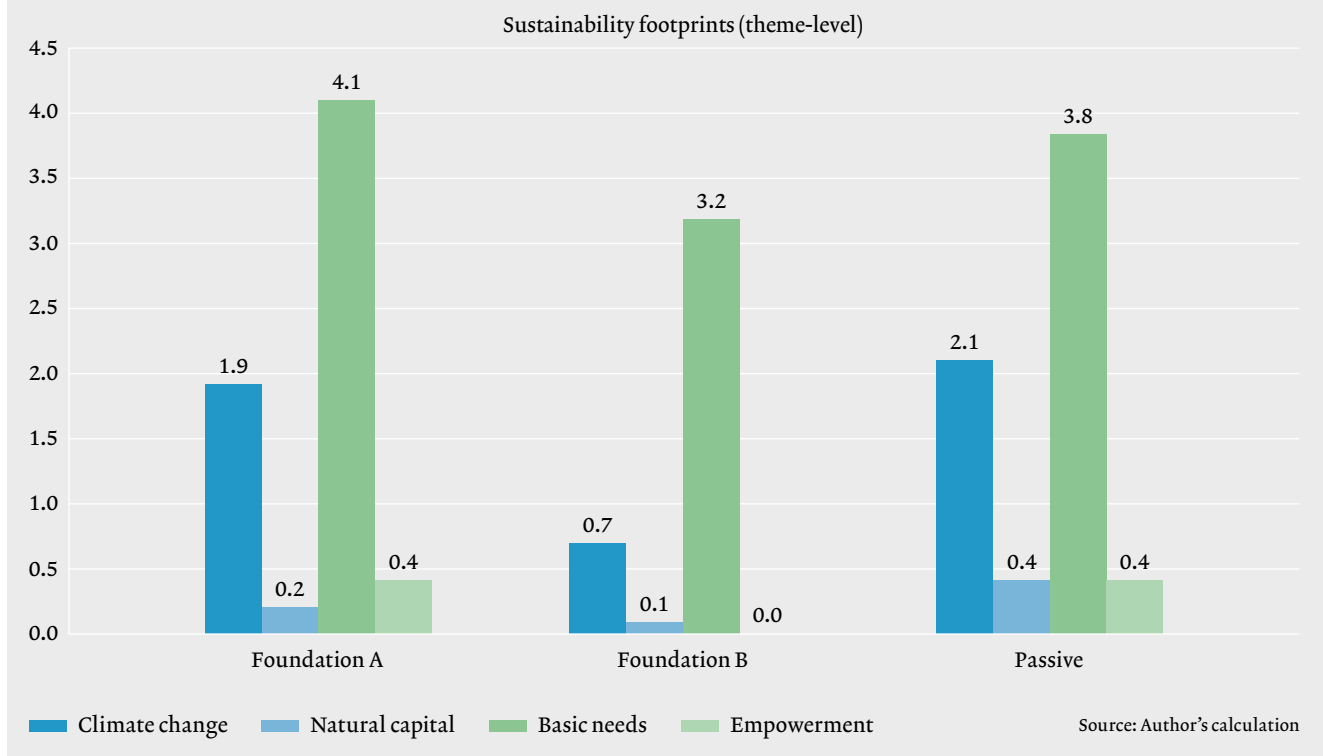
Social pillar score would allow a philanthropic organization to quantify the contribution of its portfolio towards the social objectives spelled out in the SDGs. A philanthropic organization with a social mission could thus use a sustainability footprint focusing on social aspects to guide its mission-related investment strategy. For example, a donor interested in fighting diseases might decide to allocate a larger fraction of invested capital to firms producing major disease treatments (Category 7. Major disease treatment; see Table 1). In a similar spirit, an environmentally oriented philanthropic organization could use a sustainability footprint calculated with MSCI's Environmental pillar score to examine the extent to which its stock portfolio contains firms that derive revenues from activities with positive environmental effects (see categories 1–5, Table 1). As another example, development or public health oriented philanthropic organizations might want to know to what extent their stock portfolios consist of firms that derive high revenue shares from products and services from MSCI's Basic needs theme, which captures issues such as nutrition, major disease treatments, or sanitation. All in all, the sustainability footprints can help to align endowment management with philanthropic objectives.

#### 5. CASE STUDY

To further illustrate the concept of the sustainability footprint of a stock-portfolio and how it might be relevant for



Figure 2: **SUSTAINABILITY FOOTPRINTS AT THE THEME-LEVEL USING MSCI ESG SUSTAINABLE IMPACT METRICS**



an institution implementing a mission-related investment strategy, I now calculate sustainability footprints for two philanthropic organizations. The analysis is restricted to their direct stock holdings, mainly because data on their third-party managed investments are generally not publicly available [16]. In contrast, philanthropic organizations that own sizeable direct stock holdings are, due to regulatory requirements [17], obliged to publish the composition of their direct stock holdings on a regular basis.

In this case study, I use the direct stock holdings of two philanthropic organizations at the end of the fourth quarter of 2016. *Foundation A* is active in promoting and supporting research in the humanities and social sciences. *Foundation B* is a science oriented philanthropic organization with a mission to advance biomedical research and science education. In calculating the sustainability footprints for these two organizations, I use the *MSCI ESG Sustainable Impact Metrics*. In *Figure 1*, I present the sustainability footprints at the Environmental- and Social-pillar level for the two organizations alongside the sustainability footprints of a value-weighted passive global stock portfolio. The value-weighted passive stock portfolio simply invests in all available stocks, where the portfolio-weights are proportional to the market capitalization of the stocks.

*Figure 1* shows that the firms contained in *Foundation A's* (*B's*) stock portfolio derive, on average, 2.1 (0.8)% of their revenues from products and services related to at least one of the environmental challenges defined by the SDGs. When it comes to social challenges defined by the SDGs, the numbers are 4.5% for *Foundation A* and 3.2% for *Foundation B*. In

other words, on average 4.5 (3.2)% of the total revenues of the firms contained in *Foundation A's* (*B's*) stock portfolio are derived from products and services that contribute positively to at least one of the social objectives of the SDGs.

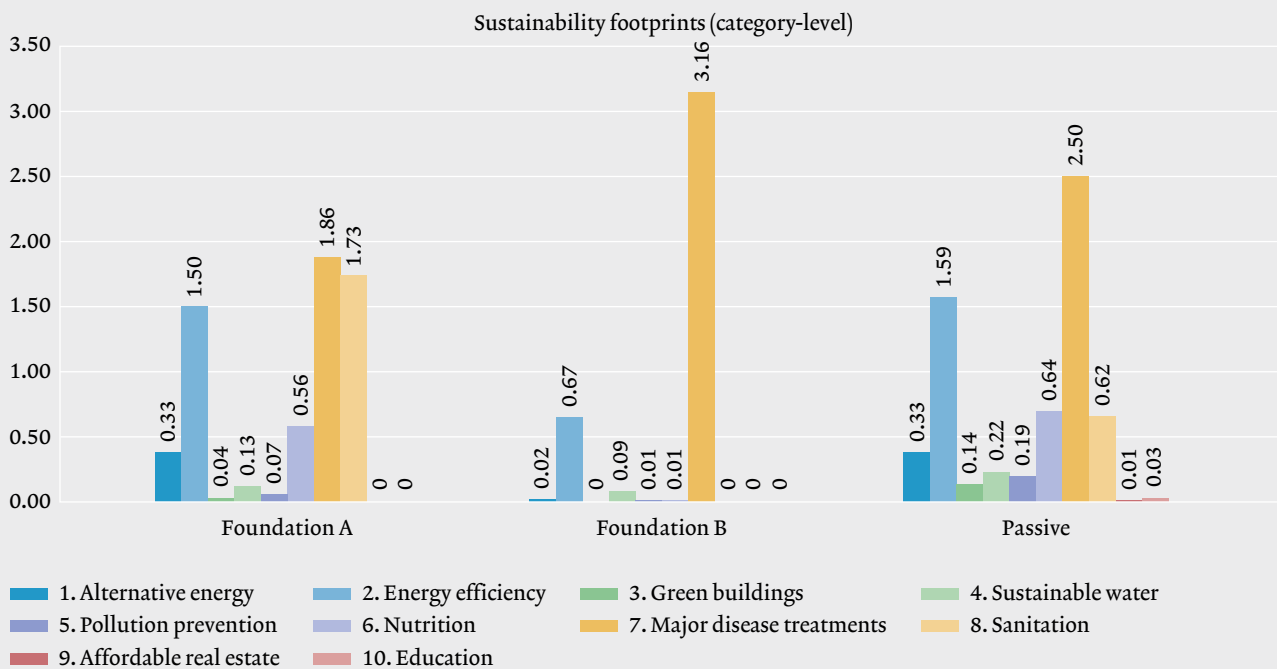
As a benchmark, *Figure 1* also displays the social and environmental contribution to the SDG's for the passive global stock market portfolio (*Passive*). *Figure 1* shows that Founda-

«The SDGs play an increasingly important role in policymaking and for that matter in investment management too.»

*tion A's* environmental and social footprints are close to those of the overall stock market, whereas the footprints of *Foundation B* are somewhat worse: compared to the passive global stock market portfolio, *Foundation B* invests less in firms that derive revenues from products and services addressing the environmental and social challenges defined by the SDGs.

In *Figure 2*, the analysis is refined by calculating the portfolio-level footprints for the four social and environmental impact themes defined by MSCI (see *Table 1*). The analysis shows, for example, that 1.9% of the total revenue generated by the stocks contained in *Foundation A's* stock portfolio is coming from firms that sell products and services that contribute positively to combating climate change. Similarly, 4.1% of the total revenues of the firms contained in *Foundation A's* portfolio come from firms providing products and services

Figure 3: **SUSTAINABILITY FOOTPRINTS AT THE CATEGORY-LEVEL USING MSCI ESG SUSTAINABLE IMPACT METRICS**



addressing basic need issues. Examples of such products and services are, for instance, those that contribute to the daily intake of essential nutrients, drugs and healthcare equipment used to treat the world's major diseases, or products and services used for basic sanitation. Again, Foundation A's portfolio is somewhat aligned with the market, whereas Foundation B's portfolio appears to be slightly worse than the overall stock market in terms of its sustainability footprint across the four themes.

Finally, the sustainability footprints can also be calculated at the finest granularity, that is at the category-level. The results from this analysis are presented in *Figure 3*. Quite interestingly the analysis shows that the firms contained in the stock portfolio of Foundation B derive about 3.16% of their total revenues from products and services related to the

Major disease treatments category. This number is substantially higher than for passive stock portfolio. In other words, relative to the stock market as a whole, Foundation B seems to over-weight firms that derive revenues from products that fall in the treatment of major diseases category. Firms from this category are often pharmaceutical or life science oriented firms, which have a close link to the biomedical and science related mission of Foundation B. Thus, the sustainability footprint at the theme-level reveals that Foundation B does to some extent align its investment strategy with its mission by overweighting investments in firms that provide solutions to major diseases. In other words, Foundation B seems to be somewhat following a mission-related investment strategy when it comes to its direct stock holdings. ■

**Footnotes:** 1) Emerson, J. (2003). Where money meets mission. *Stanford Social Innovation Review*, 1(2), 38–47. 2) Global Sustainable Investment Alliance (GSIA) (2015), *Global Sustainable Investment Review 2014*. Available here: <https://bit.ly/18l6WAv>. 3) Goldseker, S., and Moody, M. (2017). *Generation impact: How next gen donors are revolutionizing giving*. John Wiley & Sons. 4) Morgan Stanley, *Campden Wealth (2014), Next Generation Wealth, Defining a New Direction*, The Morgan Stanley Private Wealth Management/Campden Wealth Next Generation Wealth Report 2014. 5) Emerson, J. (2003). Where money meets mission. *Stanford Social Innovation Review*, 1(2), 38–47. 6) Fritz, T. M., and von Schnurbein, G. (2015). *Nonprofit Organizations as Ideal Type of Socially Responsible and Impact Investors*. *ACRN Oxford Journal of Finance and Risk Perspectives*, 4(4), 129–145. 7) CFA Institute (2015). *Environmental, Social, and Governance Issues in*

*Investing: A Guide for Investment Professionals*. Available here: <https://cfa.is/2SBFNAT>. 8) Krauss, A., Krueger Philipp, and Meyer, J. (2016). *Sustainable Finance in Switzerland: Where Do We Stand?* Swiss Finance Institute—White Paper. Available here: <https://bit.ly/2V33sWg>. 9) Gibson Brandon, Rajna, and Krueger, Philipp (2018). *The sustainability footprint of institutional investors*, Swiss Finance Institute Working Paper N° 17-05, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Finance Working Paper No. 571/2018. Available here: <https://bit.ly/2yoASse>. 10) World Commission on Environment and Development (WCED), 1987. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Available here: <https://bit.ly/1bZJgwK>. 11) See <https://bit.ly/2A8dDGd>. 12) MSCI (2018). *MSCI ESG Sustainable Impact Metrics Methodology and Definitions*. 13) Menou, V. and Nishikawa L. (2016). *Toward Sus-*

*tainable Impact Through Public Markets: A Framework to Align Investments with the UN Sustainable Development Goals*. Available here: <https://bit.ly/2SBKb2P>. 14) United Nations (UN) (2017). *The Sustainable Development Goals Report: 2017*. Available here: <https://bit.ly/2SBKpab>. 15) See <https://bit.ly/1Kjkn0B> for more information on the SDGs. 16) Note that if the portfolio compositions of third-party managed stock investments of foundations are available, the sustainability footprints could also be calculated for such third-party managed mandates. 17) For instance, the Securities Exchange Commission (SEC) requires institutions who exercise investment discretion over USD 100 million or more in equity securities to publicly disclose their portfolio holdings on a regular basis. See <http://bit.ly/2oNwq1B>.

HENRY PETER  
LIVIA VENTURA  
DELPHINE BOTTGE  
VINCENT PFAMMATTER

# PROFIT AND NON-PROFIT PURPOSES

## Can legal entities serve two masters at once?

**How do legal systems in Switzerland and abroad innovate to blend for-profit and non-profit purposes in a common endeavour and serve two masters at once [1]? The present article provides a general overview of various types of hybrid entities and tandem structures in Switzerland and abroad. It also primarily serves as an introduction to three more in-depth analyses on these topics [2].**

### 1. INTRODUCTION

For the last 50 years, our economy has developed through financial capitalism (also referred to as “financialisation”) [3], by virtue of which corporate governance would mandate a maximisation of shareholder value [4].

The 21<sup>st</sup> century corporate governance has evolved and brought with it a multi-stakeholder approach, which emphasised stakeholder value [5] and long-term, durable, benefits, generally referred to as “sustainability”.

The movement started with corporate social responsibility [6] and the “triple-bottom line” approach [7], which commended corporate governance to include social and environmental concerns, next to profit-making.

The next level, which we have now entered into, intends to blend for-profit and non-profit purposes in one endeavour. In the past decade, boundaries between charity and business have indeed started to move, blend and blur [8]. Non-profit organisations engage in commercial activities, social enterprises and social innovators exist in every industry, and for-profit companies include social and philanthropic activities in their core business [9].

Today’s entrepreneurs have to navigate in a new world, in which realising profits comes together with the urge to create a positive impact. And this also matches the interests of “responsible” investors, which are more likely to invest in companies compliant with environmental, social and governance criteria (ESG). As a matter of fact, the growth of the socially responsible investing (SRI) movement can affect not only the share value of compliant companies but also of non-compliant companies, favouring the return on investment in responsible companies.

The paradigm shift is palpable. Companies are expected to consider the interests of all stakeholders, not only of their shareholders, and a long-termist, sustainable view is expected from management [10].

### 2. AN IRRESTIBLE EVOLUTION

This trend is strong because our society is redefining how success is perceived in today’s (business) world [11].

The millennials generation of entrepreneurs is more focused on social responsibility, improving society and serving a superior purpose than solely maximizing financial returns [12].

Working for socially conscious companies, even if it means accepting less compensation, has also become an important way to attract and retain talented employees, especially the younger ones [13].

The financial markets and the economy in general are adapting to this new trend, and investors are looking for such opportunities, as they praise them as a value of stable and continuous profit [14].

Hence, legal systems have to follow the trend, evolve and adapt.

### 3. COMMON CHALLENGES

“Combining profit-making and the pursuit of social goods comes in many forms and by many names” [15]: from social or blended enterprises to hybrid entities, such as benefit corporations, low-profit LLCs or social purpose corporations.

Irrespective of how one labels multi-purpose enterprises, they are all facing similar issues.

First, from a structural point of view, they are compelled to use existing legal structures from the past century which



HENRY PETER,  
PROF. DR. IUR., ATTORNEY  
AT LAW, LL.M., PARTNER,  
KELLERHALS CARRARD,  
LAW SCHOOL, UNIVERSITY  
OF GENEVA, DIRECTOR  
OF THE GENEVA CENTRE  
FOR PHILANTHROPY



LIVIA VENTURA,  
LAWYER, PHD IN  
COMPARATIVE AND  
UNIFORM BUSINESS LAW,  
ACADEMIC FELLOW  
AT THE GENEVA CENTRE  
FOR PHILANTHROPY

were not conceived for such multi-purpose models [16]. Hence, they must choose between either (i) a corporate model and try pursuing also a positive impact on the environment and the society, (ii) a charity, and run business activities with it, or (iii) convince legislators to create a new type of legal structure.

Inevitably, a number of questions arise: does the law allow for blending of purposes? Does one necessarily have to choose between running a profit-making business for the sole interests of its shareholders and creating a positive impact on society? This topic is being debated by scholars, some of whom argue that existing entities may very well serve both purposes, without it being necessary to introduce new hybrid type of structures [17].

Second, how can one solve the tensions between the interests of the shareholders, the stakeholders and public utility? Which interest has to be served first?

Third, how can accountability to the public purpose mandate (certification from independent third parties, annual reports published, etc.) be ensured?

Fourth, how can tax, governance and regulatory issues, that necessarily arise when using a structure for a purpose for which it was not planned originally, be resolved?

#### 4. EXISTING LEGAL SOLUTIONS

**4.1 A look at what happens around the world:** The necessity to overcome the shareholder primacy model in favour of a multi-stakeholder approach has triggered a heated debate on the need (or not) to introduce new organisational forms in order to meet the requests coming from the social enterprise sector.

This led, on the one hand, to the creation of several assessment standards available on the market (such as the B-Lab “benefit impact assessment”, which is used to certify companies as “B Corporation” or “Certified B Corporation”) and, on the other, to the introduction of new organisational forms in different countries.

With regard to the latter, the most relevant innovations have been produced in some states of the USA, where new hybrid entities have been introduced, blurring the line between profit and non-profit ventures. Examples are the “low-profit limited liability company” (L3C), the “flexible” or “social purpose corporation” (SPC), and the benefit corporation.

The benefit corporation, born in Maryland in 2010 and now regulated by over 34 US states, is undoubtedly the most successful and globally recognised hybrid legal form.

Benefit corporations are for-profit corporations whose purpose, in addition to producing profits, is to reduce negative externalities and generate a positive impact on the environ-

ment, society, workers, and the community in which they operate (“public benefit”). Benefit corporations differ from traditional business corporations in entity purpose, directors’ accountability, and transparency, but not in taxation.

As a matter of fact, the benefit corporation model has been the subject of legal transplants in Italy, with the introduction of the “*società benefit*” in 2016, and Colombia, where in July 2018 the “*sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo*” (BIC), also known as “*Empresas B*”, were introduced.

Looking at the existing statutes, the main features of these new hybrid organisational forms designed for social enterprise can be identified by:

- i) dual-purpose clauses, which combine profit-making with the pursuit of a public benefit;
- ii) the fiduciary duties of the directors, who are required to consider the impact of their decisions not only on the company and the shareholders, but also on other stakeholders (such as workers, customers, communities, suppliers and the environment);
- iii) transparency requirements, since all companies, even those sticking to the “for benefit” model, must produce an annual report on their social and environmental performance, the trend being to assess them against a third-party standard;
- iv) no tax advantages, at least so far and in most countries.

Nowadays other countries are also considering the possible introduction of a similar hybrid legal form. The introduction of a new hybrid entity designed for social enterprises can have a number of positive effects, such as supporting business companies in building public trust, credibility, and the confidence of consumers, investors and employees, as well as providing an innovative policy tool that can help governments address seismic changes in the economic environment, while supporting social protection, employment and inclusive growth.

Are we facing the birth of a new uniform transnational model of a “*for-benefit company*”? The answer will be provided by the market, but it is possible to say that the introduction of a well-known and recognised international hybrid entity model may play an important role in the development of the fourth sector in a global market perspective and in the growth of the branding aspect of these companies.

This topic will be further developed in the paper by Dr. Ventura Livia, p. 170 ff.

**4.2 Hybrid entities in Switzerland:** It is generally agreed that Swiss law does not contain a dedicated legal form for hy-



DELPHINE BOTTGE,  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, BOTTGE &  
ASSOCIÉS, ACADEMIC  
FELLOW AT THE GENEVA  
CENTRE FOR  
PHILANTHROPY



VINCENT PFAMMATTER,  
LL.M. (UC BERKELEY),  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, SIGMA  
LEGAL, GENEVA,  
ACADEMIC FELLOW AT THE  
GENEVA CENTRE FOR  
PHILANTHROPY



brid entities or benefit corporations. Entrepreneurs must therefore choose either a corporate structure or a charity, while none has initially been thought to serve such dual purposes.

Typical business forms (LLC or LTD [18]) have to abide by the legal constraints deriving from the Swiss Code of Obligations, fiduciary duties and market pressure to perform. There are, however, solutions to overcome these challenges, such as adapting the statutes and governance structure, and the flexibility of Swiss law allows entrepreneurs to go quite far in reaching hybridity with a corporate structure. Another widely unexplored, but existing option, is to set up a non-profit corporation as contemplated by Article 620 al. 3 SCO [19].

The cooperative (Art. 828 SCO) is an interesting option when it comes to pursuing for- and non-profit purposes at the same time, in particular given that (i) it may pursue various purposes, and (ii) it is not centred on profit-making but is nevertheless authorised to distribute (limited) dividends.

The last option consists in setting up a charity, generally a foundation or an association [20], and carrying out a commercial activity through such an entity. Here, one has however to face limitations imposed by the tax authorities regarding revenue-generating activities of tax-exempted entities. Besides, such structures are also improper for investors, given that no financial returns on investments are possible and that they have no share capital. Workarounds are therefore limited to having an ancillary commercial activity, or to working in combination with another entity, typically detained by the non-profit one (see § 4.3 hereafter).

This topic will be further developed in the paper by Vincent Pfammatter, p. 175 ff. hereunder.

**4.3 Tandem solution: foundation ownership:** Shareholder foundations (or holding foundations) are foundations holding a significant stake in one or more corporation(s) which operate(s) a commercial business.

Thus, the shareholder foundation does not have a specific legal status, but is a matter of fact characterised by the holding of such an interest.

Compared with northern European countries, holding foundations are still quite unusual in Switzerland, although they have existed for decades. Swiss law does not limit the possible purposes of foundations, as expressly confirmed by the Supreme Federal Court [21]. Shareholder foundations can therefore have a wide range of purposes from philanthropic to economic, including mixed purposes.

Nowadays, this tandem solution appears to be particularly innovative as it matches the contemporary trend to blend economic activities and philanthropic missions.

By transferring the ownership of their business to a foundation, entrepreneurs renounce getting access to the financial profits they could have earned. Irrespective of their motivations (family considerations, business or philanthropic objectives), they potentially generate a virtuous model in several ways.

The foundation protects, for the long term, the capital (or at least the control) of the company which has been irrevocably and inalienably transferred to it and excludes the possibility of hostile takeovers. Thus, it offers a model of stable ownership which allows a long-term vision and encourages the stakeholders (employees and partners) to be more involved and engaged within the company. Moreover, the value created may directly contribute to the general interest since it is the performance of the company which will directly feed, through dividends, the capacity of the foundation to implement or fund philanthropic projects.

Foundation ownership deserves to be developed and explored alongside the new proposed structures, as an innovative model to address the paradigm shift that is currently occurring.

This topic will be further developed in the paper of Delphine Bottge, p. 180 ff. ■

**Footnotes:** **1)** Wording inspired by the article of Brakman Reiser Dana, *Blended Enterprise and the Dual Mission Dilemma*, Brooklyn Law School, BrooklynWorks, 35 Vermont Law Review, 2010, p. 105 et seq. **2)** These topics will be further developed in the papers by Ventura, Livia Delphine Bottge and Vincent Pfammatter published in the same edition of Expert Focus. **3)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schiffling Todd, *Why Companies are becoming B Corporations*, Harvard Business Review, 17 June 2016. **4)** Amiram Gill, *Corporate Governance and Social Responsibility: A Research Agenda*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 26, 2008, p. 457; Friedman Milton, *The Social Responsibility of Business is to increase its profits*, The New York Times Magazine, 13 September 1970. **5)** Evan William M., Freeman R. Edward, *A stakeholder theory of the modern corporation: Kantian capitalism, Ethical theory and Business*, Tom L. Beauchamp, Norman E. Bowie (editors), 4<sup>th</sup> edition, 1993. **6)** “The concept of corporate social responsibility is the idea that private companies are supposed to care not only about short-term profit in the interest of their shareholders and management, but also about other stakeholders and sustainable development”, Henry Peter, Guillaume Jacquemet, *Corporate Social Responsibility*, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles correlations?, SZW/RSDA 3/2015, p. 170. **7)** John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of the 21<sup>st</sup> Century Business*, Oxford, Capston Publishing, 1997. **8)** Porter Michael E., Kramer Mark R., *Creating Shared Value, How to reinvent capitalism – and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, January-February 2011, p. 7; Sabeti Heerad, *The For-Benefit Enterprise*, Harvard Business Review, November 2011. **9)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **10)** Chloé F. Smith, *Corporate Social responsibility et durabilité*, in Expert Focus, 6–7, 2016, p. 471 et seq. See also the Paris Agreement of the UN FCCC on greenhouse-gas-emissions mitigation. **11)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schiffling Todd, op. cit. **12)** See Deloitte, *Millennial Innovation survey*, January 2013, available on <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/dtl-crs-millennial-innovation-survey-2013.pdf>, at 9. **13)** Surowiecki James, *Companies with benefits*, The New Yorker, 4 August 2014; Ramus Catherine A., *Including Corporate Social Responsibility, Environmental Sustainability, and Ethics, Calibrating MBA Job Preferences*, Footnotes: Stanford University Graduate School of Business, Research Paper No. 1981,

December 2007, available on <http://ssrn.com/abstract=1077439>; A net impact study available at <https://www.netimpact.org/research-and-publications/talent-report-what-workers-want-in-2012>. **14)** US SIF Foundation’s 2016 Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, Executive Summary, available on [https://www.ussif.org/files/SIF\\_Trends\\_16\\_Executive\\_Summary\(1\).pdf](https://www.ussif.org/files/SIF_Trends_16_Executive_Summary(1).pdf), p. 12–13. **15)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **16)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **17)** Clemente M.L., *Benefit Corporations: Novelty, Niche, or Revolution*, 7 March 2013, available at <http://ssrn.com/abstract=2359226>, p. 29–31; Elhauge E., *Sacri-ficing Corporate Profits in the Public Interest*, in 80 N.Y.U. Law Review, 2005, p. 733, 763 et seq.; Kerr J.E., *Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How the Business Judgment Rule Protects a Board’s Decision to Engage in Social Entrepreneurship*, 29 Cardozo Law Review, 2007, p. 634 et seq. **18)** Articles 772 ss Swiss Code of Obligations; Articles 620 ss Swiss Code of Obligations. **19)** Baumann L.R., Markowitsch S.-J., Expert Focus 2016/3, p. 136 et seq. *Die gemeinnützige GmbH, Auslegeordnung einer kaum genutzten Alternative zur Stiftung*. **20)** Articles 80 ss Swiss Civil Code; Articles 60 ss Swiss Civil Code. **21)** Swiss Supreme Court Ruling 5C.9/2001 of 18/5/2001, ATF 127 III 337.

HENRY PETER

LIVIA VENTURA

DELPHINE BOTTGE

VINCENT PFAMMATTER

# GEWINNORIENTIERTE UND GEMEINNÜTZIGE ZWECKE

## Können juristische Personen zwei Herren auf einmal dienen?

**Wie können die Rechtssysteme im In- und Ausland erneuert werden, um gewinnorientierte Zwecke mit gemeinnützigen zu verbinden und zwei Herren auf einmal zu dienen?** [1] Der vorliegende Artikel gibt einen allgemeinen Überblick über verschiedene Arten von Hybridgesellschaften und Tandemstrukturen in der Schweiz und im Ausland. Er ist in erster Linie auch eine Einführung in drei gründliche Analysen über diese Themen [2].

### 1. EINFÜHRUNG

Der Finanzkapitalismus (auch Finanzialisierung genannt) [3] hat die Entwicklung unserer Wirtschaft in den letzten 50 Jahren geprägt und unter anderem die Corporate Governance hervorgebracht, die eine Maximierung des Shareholder Value [4] verlangt.

Die Weiterentwicklung der Corporate Governance des 21. Jahrhunderts hat einen Multi-Stakeholder-Ansatz hervorgebracht, der den Stakeholder Value [5] und langfristige, dauerhafte Vorteile herausstellt, was allgemein als «Nachhaltigkeit» bezeichnet wird.

Alles begann mit der sozialen Verantwortung [6] der Unternehmen und der «Triple-Bottom-Line» [7]. Beide Konzepte empfehlen, dass die Corporate Governance neben dem Gewinnstreben auch soziale und ökologische Anliegen berücksichtigt.

Mittlerweile wurde die nächste Ebene erreicht, auf der versucht wird, gewinnorientierte Zwecke mit gemeinnützigen zu verbinden. In den letzten zehn Jahren haben die Grenzen zwischen Wohltätigkeit und Wirtschaft in der Tat sich zu verschieben, zu verschmelzen und zu verschwimmen begonnen [8]. Non-Profit-Organisationen gehen kommerziellen Aktivitäten nach, und in jeder Branche gibt es Sozialunternehmen und Sozialinnovatoren. Gewinnorientierte Unternehmen haben sich auf die Fahne geschrieben, soziale

und philanthropische Aktivitäten in ihrem Kerngeschäft [9] zu unterstützen.

Unternehmer von heute müssen sich in einer neuen Welt bewegen, in der das Gewinnstreben mit dem Willen einhergeht, eine positive Wirkung zu erzielen. Das entspricht auch den Interessen der «verantwortungsbewussten» Investoren, die vorzugsweise in Unternehmen investieren, welche die Kriterien Umwelt, Soziales und Governance (Environment, Social and Governance, ESG) erfüllen. Tatsächlich kann die Verbreitung des Trends zum sozial verantwortlichen Investieren (Social Responsible Investing, SRI) nicht nur den Aktienwert von Unternehmen beeinflussen, die diese Kriterien erfüllen, sondern auch von Unternehmen, die sich nicht daran halten. Das begünstigt die Kapitalrenditen von verantwortungsvollen Unternehmen.

Der Paradigmenwechsel ist spürbar. Von den Unternehmen wird erwartet, dass sie die Interessen aller Anspruchsgruppen – nicht nur ihrer Aktionäre – berücksichtigen, und vom Management [10] wird eine langfristige, nachhaltige Sichtweise erwartet.

### 2. EINE UNAUFHALTSAME ENTWICKLUNG

Dieser Trend ist stark, denn in unserer Gesellschaft wird neu definiert, wie Erfolg in der heutigen (Geschäfts-)Welt [11] wahrgenommen wird.



HENRY PETER, PROF. DR. IUR., RECHTSANWALT, LL.M., PARTNER, KELLERHALS CARRARD, JURISTISCHE FAKULTÄT, UNIVERSITÄT GENF, LEITER, GENEVA CENTRE FOR PHILANTHROPY



LIVIA VENTURA, RECHTSANWÄLTIN, DR. IN COMPARATIVE AND UNIFORM BUSINESS LAW, ACADEMIC FELLOW, GENEVA CENTRE FOR PHILANTHROPY

Die Generation der Millennial-Unternehmer konzentriert sich stärker auf soziale Verantwortung und die Verbesserung der Gesellschaft. Zudem verfolgt sie ein höheres Ziel als nur die Maximierung der Finanzrenditen [12].

Für soziale Unternehmen zu arbeiten, ist zu einem überzeugenden Argument geworden, um vor allem jüngere [13] Talente zu gewinnen und zu binden. Lohneinbussen werden dafür gerne in Kauf genommen.

Die Finanzmärkte und die Wirtschaft im Allgemeinen passen sich diesem neuen Trend an. Die Anleger wiederum suchen nach solchen Möglichkeiten, da sie einen stabilen und regelmässigen Gewinn [14] schätzen.

Daher müssen die Rechtssysteme dem Trend folgen, sich weiterentwickeln und sich anpassen.

### 3. GEMEINSAME HERAUSFORDERUNGEN

Die Kombination aus Gewinnstreben und Suche nach Sozialgütern hat viele Formen und Namen [15]: von Sozial- oder Mischunternehmen bis hin zu Hybridunternehmen wie Benefit Corporations, Low-Profit LLCs oder Social Purpose Corporations.

Egal, welches Label man Unternehmen mit mehreren Zwecken gibt: Sie stehen alle vor ähnlichen Problemen.

Erstens sind sie aus struktureller Sicht gezwungen, sich bestehender Rechtsstrukturen aus dem vergangenen Jahrhundert zu bedienen, die nicht für solche Mehrzweckmodelle [16] konzipiert wurden. Daher müssen sie sich entscheiden zwischen (i) einem Unternehmensmodell und dem Versuch, Gutes für die Umwelt und die Gesellschaft zu tun, (ii) einer Wohltätigkeitsorganisation, über die sie ihre Geschäfte betreiben, oder (iii) sie müssen den Gesetzgeber überzeugen, eine neue Art von Rechtsstruktur zu schaffen.

Unvermeidlich stellen sich eine Reihe von Fragen: Erlaubt das Gesetz eine Zweckmischung? Muss man sich zwangsläufig zwischen zwei Alternativen – gewinnorientiertes Unternehmen im alleinigen Interesse seiner Aktionäre oder eine positive Wirkung für die Gesellschaft – entscheiden? Diese Frage wird auch unter Wissenschaftlern diskutiert. Manche argumentieren, dass bestehende Unternehmen sehr gut beide Zwecke verfolgen können, ohne dass zwingend eine neue Art von Hybridstruktur [17] eingeführt werden muss.

Zweitens: Wie lassen sich die Konflikte zwischen den Interessen der Aktionäre, der Anspruchsgruppen und dem Gemeinwohl lösen? Welches Interesse muss zuerst bedient werden?

Drittens: Wie kann die Rechenschaftspflicht gegenüber dem öffentlichen Mandat (Zertifizierung durch unabhän-

gige Dritte, veröffentlichte Jahresberichte usw.) gewährleistet werden?

Viertens: Wie können Steuer-, Governance- und Regulierungsfragen gelöst werden, die sich zwangsläufig ergeben, wenn eine Struktur nicht für den ursprünglich geplanten Zweck genutzt wird?

### 4. AKTUELLE RECHTLICHE LÖSUNGEN

**4.1 Ein Blick auf die globalen Entwicklungen.** Die Notwendigkeit, das Modell des Aktionärsprimats durch einen Multi-Stakeholder-Ansatz abzulösen, hat eine heftige Debatte über die Notwendigkeit (oder auch nicht) der Einführung neuer Organisationsformen ausgelöst, um den Anliegen der Sozialunternehmen gerecht zu werden.

Dies führte einerseits zur Schaffung mehrerer am Markt verfügbarer Bewertungsstandards (z. B. das Benefit Impact

*«Von den Unternehmen wird erwartet, dass sie die Interessen aller Anspruchsgruppen berücksichtigen, vom Management wird eine langfristige, nachhaltige Sichtweise erwartet.»*

Assessment von B Lab, mit dem Unternehmen als «B Corporation» oder «Certified B Corporation» zertifiziert werden) und andererseits zur Einführung neuer Organisationsformen in verschiedenen Ländern.

Was Letzteres betrifft, waren einige US-Bundesstaaten besonders innovativ. Sie führten neue hybride Unternehmen ein, sodass die Grenze zwischen Profit- und Non-Profit-Unternehmen verwischt wurde. Beispiele solcher Unternehmen sind die Low-Profit Limited Liability Company (L3C), die Flexible Purpose Corporation oder die Social Purpose Corporation (SPC) und die Benefit Corporation.

2010 entstand in Maryland die Benefit Corporation. Sie ist mittlerweile von über 34 US-Bundesstaaten reguliert und zweifellos die erfolgreichste und weltweit anerkannteste hybride Rechtsform.

Benefit Corporations sind gewinnorientierte Unternehmen. Ihr Zweck besteht darin, einerseits einen Gewinn zu erzielen, andererseits negative externe Auswirkungen zu mindern und einen positiven Beitrag für die Umwelt, die Gesellschaft, die Arbeitnehmer und die Gemeinschaft, in der sie tätig sind (öffentlicher Nutzen), zu leisten. Benefit



DELPHINE BOTTGE,  
RECHTSANWÄLTIN,  
PARTNER, BOTTGE &  
ASSOCIÉS,  
ACADEMIC FELLOW,  
GENEVA CENTRE FOR  
PHILANTHROPY



VINCENT PFAMMATTER,  
LL.M. (UC BERKELEY),  
RECHTSANWALT, PARTNER,  
SIGMA LEGAL,  
GENEVA CENTRE FOR  
PHILANTHROPY

Corporations unterscheiden sich von traditionellen Gesellschaften hinsichtlich des Gesellschaftszwecks, der Rechenschaftspflicht des Verwaltungsrats und der Transparenz, nicht jedoch hinsichtlich der Besteuerung.

So wurde das Modell der Benefit Corporations in Italien mit der Einführung der «*società benefit*» im Jahr 2016 und in Kolumbien im Juli 2018 mit den «*sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo*» (BIC), auch bekannt als «*Empresas B*», übernommen.

Ausgehend von den bestehenden Statuten zeichnen sich diese neuen hybriden Organisationsformen für Sozialunternehmen durch folgende Hauptmerkmale aus:

- i) Doppelzweckklauseln, mit der das Gewinnstreben mit dem Gemeinnutzen kombiniert wird;
- ii) die treuhänderischen Pflichten des Verwaltungsrats, der nicht nur die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf das Unternehmen und die Aktionäre, sondern auch auf andere Anspruchsgruppen (wie Arbeitnehmer, Kunden, Gemeinschaften, Lieferanten und Umwelt) berücksichtigen muss;
- iii) Transparenzanforderungen, da alle Unternehmen, auch die gewinnorientierten, jährlich einen Bericht über ihr Sozial- und Umweltverhalten verfassen müssen, wobei der Trend darin besteht, sie anhand einer externen Norm zu bewerten;
- iv) keine Steuervorteile, zumindest bislang in den meisten Ländern.

Heute denken auch andere Länder über die Einführung einer ähnlichen hybriden Rechtsform für Sozialunternehmen nach, die viel Positives bewirken kann. Sie kann Unternehmen helfen, öffentliches Vertrauen, Glaubwürdigkeit und das Vertrauen von Konsumenten, Investoren und Arbeitnehmern aufzubauen. Als innovatives politisches Instrument kann sie Regierungen bei der Bewältigung seismischer Veränderungen im wirtschaftlichen Umfeld unterstützen und darüber hinaus den Sozialschutz, die Beschäftigung und ein integratives Wachstum fördern.

Stehen wir vor der Geburt eines neuen, einheitlichen und transnationalen Modells für *gewinnorientierte* Unternehmen? Die Antwort wird der Markt geben. Man kann aber durchaus sagen, dass die Einführung eines bekannten und anerkannten internationalen hybriden Gesellschaftsmodells eine wichtige Rolle bei der Entwicklung des vierten Sektors in einer globalen Marktperspektive und bei der Markenentwicklung dieser Unternehmen spielen kann.

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Dr. Livia Ventura ab S. 170 weiterentwickelt.

**4.2 Hybride Unternehmen in der Schweiz.** Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das Schweizer Recht keine eigene Rechtsform für hybride Unternehmen oder Benefit Corporations kennt. Unternehmer müssen sich daher entweder für eine Unternehmensstruktur oder eine Wohltätigkeitsorganisation entscheiden, weil Gesellschaften mit Doppelzweck ursprünglich nicht vorgesehen sind.

Die typischen Rechtsformen von Unternehmen (GmbH oder AG [18]) müssen sich an den rechtlichen Rahmen des OR, die Treuhandpflichten und den Marktdruck halten. Es gibt

jedoch Lösungen zur Bewältigung dieser Herausforderungen. Dazu gehört die Anpassung der Statuten und der Governance-Struktur. Zudem ist das Schweizer Recht flexibel, denn es erlaubt den Unternehmern, bei der Hybridität der Unternehmensstruktur recht weit zu gehen. Eine weitere, weitgehend unerprobte Option ist die Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR [19].

Die Genossenschaft (Art. 828 OR) ist eine interessante Option, wenn es darum geht, gewinnorientierte und gemeinnützige Zwecke zu kombinieren, insbesondere da sie (i) verschiedene Zwecke verfolgen kann und (ii) nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, jedoch zur Ausschüttung von (begrenzten) Dividenden berechtigt ist.

Die letzte Option ist, eine Wohltätigkeitsorganisation zu gründen, in der Regel eine Stiftung oder einen Verein [20], und eine wirtschaftliche Tätigkeit mit einer solchen Gesellschaft auszuüben. In diesem Fall sind jedoch die von den Steuerbehörden auferlegten Beschränkungen für die umsatzgenerierenden Tätigkeiten von steuerbefreiten Unternehmen zu beachten. Zudem sind solche Strukturen für Investoren ungeeignet, da sie keine Finanzrenditen abwerfen und über kein Aktienkapital verfügen. Zwischenlösungen beschränken sich daher auf eine gewerbliche Nebentätigkeit oder auf die Zusammenarbeit mit einer anderen Gesellschaft, die normalerweise von der gemeinnützigen Organisation beherrscht wird (siehe Punkt 4.3 unten).

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Vincent Pfammatter ab S. 175 weiterentwickelt.

**4.3 Tandemlösung: Stiftungseigentum.** Aktionärsstiftungen (oder Holdingstiftungen) sind Stiftungen, die eine bedeutende Beteiligung an einem oder mehreren Unternehmen halten, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.

Die Aktionärsstiftung hat somit keine eigenständige Rechtspersönlichkeit, sondern ist durch das Halten einer solchen Beteiligung gekennzeichnet.

Im Vergleich zu den nordeuropäischen Ländern werden Holdingstiftungen in der Schweiz noch wenig verwendet, obwohl sie seit Jahrzehnten bestehen. Das Schweizer Recht schränkt die möglichen Stiftungszwecke nicht ein, wie vom Bundesgericht [21] ausdrücklich bestätigt. Aktionärsstiftungen können eine Vielzahl von Zwecken verfolgen, von philanthropischen bis hin zu wirtschaftlichen, einschliesslich gemischter Zwecke.

Heutzutage scheint diese Tandemlösung besonders innovativ zu sein, nimmt sie doch den aktuellen Trend auf, wirtschaftliche Aktivitäten mit einer philanthropischen Mission zu verbinden.

Unternehmer, die das Eigentum an ihrem Unternehmen auf eine Stiftung übertragen, verzichten auf den Zugang zu finanziellen Gewinnen, die sie hätten erzielen können. Unabhängig von ihrer Motivation (familiäre Erwägungen, geschäftliche oder philanthropische Ziele) erschaffen sie in mehrfacher Hinsicht den Grundstein für ein positives Modell.

Die Stiftung schützt langfristig das Kapital (oder zumindest die Kontrolle darüber) des Unternehmens, das ihr unwi-



derrufflich und unveräusserlich übertragen wurde, und schliesst die Möglichkeit einer feindlichen Übernahme aus. Sie ermöglicht dadurch das Modell eines dauerhaften Eigentums, was eine langfristige Vision erlaubt und die Anspruchsgruppen (Mitarbeiter und Partner) ermuntert, stärker ins Unternehmen eingebunden und engagiert zu sein. Der geschaffene Wert kann ferner direkt zum Gemeinwohl beitragen, weil aufgrund der Geschäftsentwicklung des Unternehmens geleistete Dividendenzahlungen direkt der Stif-

tung zugutekommen, sodass diese damit philanthropische Projekte durchführen oder finanzieren kann.

Stiftungseigentum verdient es, entlang der neuen vorgeschlagenen Strukturen entwickelt und untersucht zu werden und als innovatives Modell den Paradigmenwechsel anzugehen, der derzeit stattfindet.

Dieses Thema wird in der Abhandlung von Delphine Bottge ab S. 180 weiterentwickelt. ■

**Anmerkungen:** Dies ist eine Übersetzung des Originalartikels, der in dieser Ausgabe des Expert Focus auf Englisch veröffentlicht wird. **1)** Inspiriert durch die Formulierung «serving two masters» des Artikels von Brakman Reiser Dana, *Blended Enterprise and the Dual Mission Dilemma*, Brooklyn Law School, BrooklynWorks, 35 Vermont Law Review, 2010, S. 105 ff. **2)** Diese Themen werden in den Abhandlungen von Livia Ventura, Delphine Bottge und Vincent Pfammatter weiterentwickelt, die ebenfalls in dieser Ausgabe des Expert Focus veröffentlicht werden. **3)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schifling Todd, *Why Companies are become B Corporations*, Harvard Business Review, 17. Juni 2016. **4)** Amiram Gill, *Corporate Governance and Social Responsibility: A Research Agenda*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 26, 2008, S. 457; Friedman Milton, *The Social Responsibility of Business is to increase its profits*, The New York Times Magazine, 13. September 1970. **5)** Evan William M., Freeman R. Edward, *A stakeholder theory of the modern corporation: Kantian capitalism, Ethical theory and Business*, Tom L. Beauchamp, Norman E. Bowie (editors), 4<sup>th</sup> edition, 1993. **6)** «Das Konzept der sozialen Verantwortung der Unternehmen beruht auf der Idee, dass sich private Unternehmen nicht nur um kurzfristige Gewinne im Interesse ihrer Aktionäre und ihres Managements, sondern auch

um andere Anspruchsgruppen und eine nachhaltige Entwicklung kümmern sollten», Henry Peter, Guillaume Jacquemet, *Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles correlations?*, SZW/RSDA 3/2015, S. 170. **7)** John Elkington, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of the 21<sup>st</sup> Century Business*, Oxford, Capston Publishing, 1997. **8)** Porter Michael E., Kramer Mark R., *Creating Shared Value, How to revent capitalism – and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, Januar-Februar 2011, S. 7; Sabeti Heerad, *The For-Benefit Enterprise*, Harvard Business Review, November 2011. **9)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **10)** Chloé F. Smith, *Corporate Social Responsibility et Durabilité*, in Expert Focus, 6–7, 2016, S. 471 ff. Siehe auch die Pariser Vereinbarung der UN-FCCC über die Verringerung von Treibhausgasemissionen. **11)** Kim Suntae, Karlesky Matthew, Myers Christopher, Schifling Todd, op. cit. **12)** Siehe Deloitte, *Millennial Innovation Survey*, Januar 2013, verfügbar unter <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/dttl-crs-millennial-innovation-survey-2013.pdf>, unter 9. **13)** Surowiecki James, *Companies with benefits*, The New Yorker, 4. August 2014; Ramus Catherine A., *Including Corporate Social Responsibility, Environmental Sustainability, and Ethics, Calibrating MBA Job Preferences*,

Fussnoten: Stanford University Graduate School of Business, Research Paper No. 1981, Dezember 2007, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1077439>; Studie von Net Impact unter <https://www.netimpact.org/research-and-publications/talent-report-what-workers-want-in-2012>. **14)** US SIF Foundation's 2016 Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, Executive Summary, verfügbar unter [https://www.ussif.org/files/SIF\\_Trends\\_16\\_Executive\\_Summary\(1\).pdf](https://www.ussif.org/files/SIF_Trends_16_Executive_Summary(1).pdf), p. 12–13. **15)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **16)** Brakman Reiser Dana, op. cit. **17)** Clemente M.L., *Benefit Corporations: Novelty, Niche, or Revolution*, 7. März 2013, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=2359226>, S. 29–31; Elhauge E., *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, in 80 N.Y.U. Law Review, 2005, S. 733, 763 ff.; Kerr J.E., *Sustainability Meets Profitability: The Convenient Truth of How the Business Judgment Rule Protects a Board's Decision to Engage in Social Entrepreneurship*, 29 Cardozo Law Review, 2007, S. 634 ff. **18)** Art. 772 ff. OR; Art. 620 ff. OR. **19)** Baumann Lorant R., Markowitsch S.-J., *Expert Focus 2016/3*, S. 136 ff., *Die gemeinnützige GmbH, Auslegung einer kaum genutzten Alternative zur Stiftung*. **20)** Art. 80 ff. ZGB; Art. 60 ff. ZGB. **21)** Bundesgerichtsurteil 5C.9/2001 vom 18. 5. 2001, BGE 127 III 337.

## ANZEIGE



## SwissLSET – die neue App für die eingeschränkte Revision

Von der Auftragsannahme bis zum Revisionsbericht – mit der neuen App von Audicon gelingt die Arbeit in Nullkommanichts!

### Das macht SwissLSET so stark:

- Team-Arbeit auf einer einheitlichen Cloud-Plattform
- Keine Installation notwendig und „mobile-friendly“
- Intuitive Anwendung ohne Schulung

Jetzt kostenlos testen:  
<https://audicon.net/swisslset>



# THE SOCIAL ENTERPRISE DEVELOPMENT AND THE BIRTH OF HYBRID ENTITIES

## A comparative law perspective

**This article provides a general overview of several new types of hybrid entities, blending for-profit and not-for-profit purposes, which have been introduced in the United States, Europe and Latin America with the objective of providing social entrepreneurs with a proper vehicle for the conduct of their mission-driven business activities.**

### 1. THE SOCIAL ENTERPRISE MOVEMENT AND THE BIRTH OF NEW HYBRID ENTITIES

The global financial crisis of 2008 brought about significant economic, social and political changes and fostered the transition from the shareholder capitalism model to a new form of stakeholder capitalism, no longer based on the maximisation of shareholders' wealth, but on what is termed the "triple bottom line" approach, introduced by John Elkington in 1994 to measure a company's degree of social responsibility and environmental impact along with its economic value [1].

The 3P (people, planet and profit) approach to business represents the cornerstone of the modern social enterprise (SE) sector [2], the new "fourth sector" of the economy [3], in which the boundaries between public, private and non-profit sectors have blurred and enterprises integrate social and environmental purposes with the business method.

The importance of the business sector as a force for social change is undisputed nowadays, and the role of social enterprises in creating equitable and sustainable economic growth has gained traction in the past few years [4].

Social enterprises have attracted the attention of consumers [5] (especially millennials [6]), investors (thanks to the growth of the impact investing movement [7]) and qualified employees [8].

Consequently, the past few decades have seen the birth of several certification systems aimed at measuring a company's social and environmental impact. Of these, the "B Corp Certification" system developed by the non-profit organisation B Lab, based on the "Benefit Impact Assessment" (BIA), merits special mention.



LIVIA VENTURA\*,  
LAWYER, PHD IN  
COMPARATIVE AND  
UNIFORM BUSINESS LAW,  
ACADEMIC FELLOW  
AT THE GENEVA CENTRE  
FOR PHILANTHROPY

In response to the challenges coming from the fourth sector, the past few decades have also seen a proliferation of new hybrid forms of business organisations, capable of bringing together social and environmental aims with business approaches. Indeed, several countries, from the Americas to Europe, have enacted a variety of social enterprise statutes introducing new entity types.

Social enterprise hybrid forms have attracted increasing academic attention in these countries. In particular, the current scholarship debate is mostly focused on whether it is truly necessary and appropriate to introduce new entity types in order to implement economic, social and environmental goals at the same time.

A significant body of scholarship is opposed to the introduction of new organisational forms. These authors argue that the existing for-profit and not-for-profit entities are sufficient for the development of the modern social enterprise sector.

Conversely, other scholars highlight the inadequacy of the traditional for-profit and not-for-profit organisational forms. Not-for-profit entities can be used only for certain kinds of activities indicated by law and within the limits prescribed by law. Moreover, the most relevant issues are the loss of tax benefits should commercial activity override the charitable activity and the *non-distribution* constraint – a key structural feature of the not-for-profit organisation [9]. Indeed, the *non-distribution* constraint prohibits the distribution of residual earnings to individuals who oversee the organisation or who have a vested interest in the organisation, including board members, managers and employees. This generates difficulties in raising risk capital and attracting the best-qualified professionals.

Problems with regard to the use of for-profit organisations concern i) the lack of public funding, which is generally oriented towards not-for-profit organisations; ii) the absence of tax incentives aimed at encouraging private donations; iii) the safeguarding of "fidelity to the mission" following a change of control [10]; iv) the predominance of the shareholder wealth maximisation principle as a parameter that directors have to consider in their decisions, to avoid a breach of fiduciary duty claim [11].

To overcome all these limitations and the dissatisfaction with the for-profit/not-for-profit dichotomy offered by traditional corporate law, several legal systems have introduced new hybrid entities designed to adequately meet the needs of social

*“The importance of the business sector as a force for social change is undisputed nowadays, and the role of social enterprises in creating a sustainable economic growth has gained traction in the past few years.”*

entrepreneurs and respond to the increasing demand for innovative corporate entities.

## 2. THE UNITED STATES PERSPECTIVE

Since the 1980s, the US has experienced rapid growth in the modern SE movement, and the importance of the business sector as a force for social change is undisputed nowadays.

As a consequence, the past few decades have seen the birth of several certification systems aimed at measuring a company's social and environmental impact, such as the above-mentioned BIA, developed by B Lab to certify companies as a “B Corporation” or “Certified B Corporation” [12].

Nonetheless, in the past few decades, there has been also a proliferation of new hybrid forms of business organisations.

The first social enterprise statute was the *Low-Profit Limited Liability Company* (L3C) introduced in Vermont in 2008 [13]. L3Cs are companies aimed primarily at performing a socially beneficial (charitable or educational) purpose, and not at maximising income. In particular, the L3C legal form is designed to make it easier for socially oriented businesses to attract investments from foundations, simplifying compliance with the Internal Revenue Service's Program-Related Investments' (PRI) regulations [14]. Indeed, through PRIs private foundations can satisfy their obligation to distribute annually at least 5% of their assets for charitable purposes. Investments in L3Cs that qualify as PRIs can fulfil this requirement while allowing the foundations to receive a return. L3Cs have been widely criticised and have not had huge success among practitioners [15].

Another social enterprise legal form is the *Social Purpose Corporation* (SPC). It was introduced in California in 2011 (formerly known as the flexible purpose corporation), in Washington in 2012, and in Florida in 2014. The SPC is a new corporate entity enabling directors to consider and give weight to one or more social and environmental purposes of the corporation in decision-making. Unlike the L3C, where the charitable purpose overrides profit maximisation, the SPC give directors the discretion to choose social and environmental purposes over profits [16].

However, the most famous social enterprise legal form is the benefit corporation, which is reflected in more compre-

hensive legislation. The first benefit corporation statute was passed in Maryland in 2010. Today, 34 states plus Washington DC and Puerto Rico have passed statutes, the majority of which are inspired by the Model Benefit Corporation Legislation (Model Act) [17] proposed by B Lab with the support of the American Sustainable Business Council. The exception is Delaware, which in 2013 introduced its own statute, the *Public Benefit Corporation Act* [18].

Benefit corporations are for-profit corporations whose purpose, in addition to producing profits, is to reduce negative externalities and generate a positive impact on the environment, society, the workers and the community in which they operate. Benefit corporations differ from traditional business corporations in entity purpose, directors' accountability and transparency, but not in taxation.

The purpose of a benefit corporation is to create a “general public benefit”, which is defined as a material positive impact on society and the environment [19] assessed against a third-party standard. Moreover, a benefit corporation may or must (depending on state law) identify one or more “specific public benefits” to pursue [20].

Directors of benefit corporations are required to consider (or balance in Delaware) the impact of their decisions on shareholders and on society and the environment.

Transparency provisions require benefit corporations to publish an annual benefit report (every two years in Delaware) on their social and environmental impact using a comprehensive, credible, independent and transparent third-party standard.

In the US, there is no public control over benefit corporations' reporting and activity. The only available remedy is the benefit enforcement proceeding (or shareholders' derivative action in Delaware) if directors fail to pursue the public benefit purpose.

With regard to taxation, benefit corporations are subject to the same income tax rules as other company types [21].

Social enterprise legislation in the US has evolved over time, and continues to do so. Benefit corporation legislation is currently under consideration in six states. Furthermore, Delaware has followed the lead of Maryland and Oregon by extending the application of the “benefit” model to another business entity – the limited liability company. It introduced the “statutory public benefit limited liability company” in July 2018.

Debate over this new form of stakeholder capitalism is fervent in the US. For instance, in August 2018 Senator Elizabeth Warren introduced the *Accountable Capitalism Act*, which would require every corporation with more than \$1 billion in annual revenue to become federally chartered as a “United States corporation” and essentially to adopt the benefit corporation model [22].

## 3. THE EUROPEAN PERSPECTIVE

Sustainable development has long been at the heart of the European project, and the improvement of the single market has raised many complex issues, including the need to balance economic, social and environmental interests to ensure sustainable development and inclusive economic growth in European countries.



However, continental Europe has long adhered to a narrow view of the social enterprise movement, considering SE to be a synonym for charitable activity rather than genuine blended-value enterprises.

As a result, the social enterprise movement in Europe is focused mainly on the development of third-sector services and is characterised by social cooperatives aimed at providing

---

*“In the US, there is no public control over benefit corporations’ reporting and activity.”*

work integration services and personal services for disadvantaged groups.

Within this conceptual framework, Italy was the first state to enact legislation regulating a new form of entity, the *cooperativa sociale* (social solidarity cooperative), in 1991. During the 1990s, other European states such as Belgium, with the *société à finalité sociale* (social purpose company), Portugal, with the *cooperativa de solidariedade social* (social solidarity cooperative), Spain, with the *cooperativa de iniciativa social* (social initiative cooperative), Greece, with the *Koinonikos Syneterismos Periorismenis Eufthinis* (limited liability social cooperative), and France, with the *société coopérative d’intérêt collectif* (cooperative company of collective interest), followed the Italian model [23].

As such, most social enterprises in Europe operate in areas from which the welfare state had retreated and under the legal form of not-for-profit associations or cooperatives [24], which are generally structured on the non-distribution constraint and restricted or prohibited from distributing profits to shareholders.

The most recent measures suggested by the European institutions to boost the growth of the social enterprise sector, such as the Europe 2020 Strategy for smart, sustainable and inclusive growth [25], the Single Market Act [26] and the Social Business Initiative [27], continue to reflect this narrow view of the SE movement [28].

A different approach has been taken by the United Kingdom, which in 2004 introduced a new hybrid model specifically designed for SE, the “community interest company” (CIC), consistent with the evolution of the SE movement towards blended enterprises aimed at pursuing social and environmental goals as well as generating shareholder wealth [29].

CICs are blended legal structures (companies limited by guarantee or companies limited by shares) for businesses that primarily have social and environmental objectives and whose surpluses are principally reinvested in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders. The distribution of dividends is therefore capped at 35% of aggregate total company profits [30] and, in the event of dissolution, CICs’ assets must go to similar entities pursuing community benefits.

Moreover, CICs are overseen by the CIC Regulator, which ensures compliance with the “community interest test” [31] and receives the CICs’ annual report.

It is worth noting that CICs do not have tax advantages and are subject to the corporation tax regime.

CICs represent the first step towards a new blended-value entity, but the most innovative legal structure introduced in Europe for the SE movement is the Italian *società benefit* (SB), which is the legal transplant of the US benefit corporation [32]. The Italian legislation is inspired by both the Model Act and the Delaware Public Benefit Corporation Act.

The Italian SB is a governance model available to all types of existing business organisation (for partnerships, limited liability companies, corporations and cooperatives). As in the US, the Italian statute regulates only the SB’s main features, such as entity purpose, directors’ duties and disclosure requirements, while existing company law applies in matters not expressly regulated.

SB have a dual purpose: the production of profits and the pursuit of both a “general” and (one or more) “specific” public benefits.

To that end, the board of directors must manage the company in a responsible, sustainable and transparent manner, balancing the financial interests of the shareholders, the interests of other stakeholders (of those materially affected by the company’s conduct) and the specific public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation.

The positive impact of the company must be reported on annually and assessed through the use of a third-party standard. The report must be appended to the company’s annual financial statements and filed with the Company Register.

Moreover, unlike in the US, where there is no public enforcement of benefit corporations’ activities, Italian law gives the Italian Competition Authority the power to apply the regulation on misleading advertising and misleading business practices to sanction companies that, using the SB’s legal form, repeatedly and without good cause, do not pursue the public benefits provided for in the bylaws.

In Italy, too, there are no tax incentives associated with using the “for-benefit” model [33].

The Italian SB is the only genuine blended-value hybrid organisational form that exists in Europe, characterised by the absence of any non-distribution constraint and hence of any limits on the distribution of profits.

It is interesting to note how the path followed by the Italian legislator seems to be consistent with a new direction in European harmonisation of company law. Over recent years, this seems to have opened up to more comprehensive protection of stakeholders’ interests in for-profit entities. In this

---

*“The Italian SB is a governance model available to all types of existing business organisation.”*

respect, from the early 2000s onwards, the EU recognised the UN Guiding Principles for Business and Human Rights and developed its Strategy on Corporate Social Responsibility (CSR) [34]. Moreover, in addition to soft law instruments, the EU started to introduce mandatory rules with a view to



enhancing the integration of stakeholders' interests into company law, as in the case of the Directive on non-financial reporting of 2014 [35] and the Directive on long-term shareholder engagement of 2017 [36].

#### 4. THE LATIN AMERICAN PERSPECTIVE

Latin American countries are also exploring new models of growth that focus not solely on making profits but also on a

---

*“In Italy, too, there are no tax incentives associated with using the ‘for-benefit’ model.”*

social and environmental mission. “Sistema B” was therefore founded in 2012, as the Latin American partner of the “B Corp” certification system started by B Lab in the United States.

Since 2012, the Latin American “B Corp” movement has grown significantly. Moreover, a legal model designed for SE is pending introduction in Argentina and Chile, while it has already been adopted by Colombia.

*Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BICs)* were introduced in Colombia in July 2018 [37]. Like benefit corporations, BICs are for-profit companies with a social and environmental impact. As in Italy, the BIC model in Colombia may be adopted by any organisational form provided for by law.

BIC companies have a dual purpose. In addition to the interests of their shareholders, they must pursue the interests of the community and the environment and must specify in their entity purpose clause the activities of collective interest (public benefit) that they intend to promote.

Consequently, BIC directors must take into account the interests of the company, its shareholders and the collective benefits defined in its bylaws.

The law requires an annual report, based on a third-party standard, on the impact of the company and the fulfilment of the collective interest activities pursued by the company. Unlike in the US and Italy, the report may be subject to audit by the competent authorities or a third party.

Moreover, oversight of BICs is assigned to the *Superintendencia de Sociedades*, an administrative body which maintains a public list of the third-party standards and oversees compliance with the law and may also declare the loss of BIC status in the event of serious and repeated violation of the independent evaluation standards.

In Colombia there are explicitly no tax advantages for BIC companies, which will continue to comply with the ordinary applicable companies' tax regime.

#### 5. TOWARDS A UNIFORM MODEL OF “FOR-BENEFIT COMPANY”?

The development of the “B Corp” movement has taken hold in several countries. The B Lab certification system and community have spread all around the world, with an increasing number of certified companies.

Meanwhile, statutes enabling hybrid entities, and in particular the benefit corporation model, have been passed in several states, while bills are pending in a number of countries and provinces, such as Australia, Argentina, Chile and British Columbia.

Today, the main questions are whether other countries need to introduce a new hybrid entity designed for the SE and whether we are facing the birth of a uniform “for-benefit” model statute.

Trying to answer these questions, it is possible to affirm that once introduced into a legal system, a specific regulation for social enterprises can have a number of positive effects, such as i) helping entrepreneurs to adopt an appropriate business entity to protect their socially conscious mission; ii) supporting business companies in building public trust, credibility and confidence among consumers, investors and employees; and iii) providing an innovative policy tool that can both help governments to address seismic changes in the economic environment and support social protection, employment and inclusive growth.

Moreover, the introduction of a well-known and recognised international hybrid entity model may play an impor-

---

*“Latin American countries are also exploring new models of growth that focus not solely on making profits but also on a social and environmental mission.”*

tant role in the development of the fourth sector in a global market perspective and in enhancing the credibility and branding aspect of these companies.

In conclusion, the adoption of a uniform SE model statute (such as the “for-benefit” model), capable of solving the problems arising from the governance structure of a dual-purpose company, can serve the fundamental purpose of offering domestic legislators a uniform point of reference in implementing domestic regulation of hybrid companies. ■

**Footnotes:** \*Lawyer, PhD in Comparative and Uniform Business Law from Sapienza University of Rome, Research Fellow in Private Comparative Law at LUISS Guido Carli University of Rome, SJD from Temple University Beasley School of Law. **1)** Elkington J., *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21<sup>st</sup> Century Business*, Capstone, Oxford, 1997. On this issue, see also Fisk P., *People*

*Planet Profit: How To Embrace Sustainability For Innovation And Business Growth*, London – Philadelphia, 2010; Slaper T.F. and Hall T., *Triple Bottom Line: What Is It And How Does It Work?*, in 4 *Ind. Bus. Rev.* (2011), at 4–8. **2)** Europe and the United States have different approaches towards social enterprise. In Europe, SE is considered an alternative to traditional charities, while the United

States has embraced a broader view of SE, including profit-oriented business organisations engaged in socially beneficial activities, hybrid dual-purpose businesses mediating profit goals with social objectives, and non-profit organisations engaged in mission-supporting commercial activity. In this article we refer to a broader definition of SE, as described by Paul Light (Light P.C., *The Search for*

Social Entrepreneurship, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2008, at 5) as organisations or ventures that achieve their primary social or environmental missions using business methods, typically by operating a revenue-generating business. SE entities are entities seeking to blend the production of shareholder wealth with social and environmental goals under the umbrella of a single entity. On this issue see Katz R.A. and Page A., *The Role of Social Enterprise*, in 35 *Vt. L. Rev.* (2010), at 59; Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, in 4 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* (2013), at 646; Kerlin J.A., *Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences*, in *International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, November 2006, at 247–263. **3**) Kelley T., *Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier*, in 84 *Tul. L. Rev.* (2009), at 340, 347 ff.; Gaffney R.J., *Hype and Hostility for Hybrid Companies: A Fourth Sector Case Study*, in 5 *J. Bus. Entrepreneurship & L.* (2012), at 329 ff.; Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 648; Yockey J.W., *Does Social Enterprise Law Matter?*, in 66 *Ala. L. Rev.* (2015), at 772. **4**) Accenture, *Havas Media RE: PURPOSE, The Consumer Study: From Marketing to Matterring*, The UN Global Compact-Accenture CEO Study on Sustainability, <https://www.accenture.com/us-en/insight-un-global-compact-consumer-study-marketing-matterring.aspx>, at 7–8. **5**) See Accenture, *Havas Media RE: PURPOSE, The Consumer Study: From Marketing to Matterring*, cit., at 9–10; *The 2010 Cone Cause Evolution Study*, [http://www.ppqty.org/2010\\_Cone\\_Study.pdf](http://www.ppqty.org/2010_Cone_Study.pdf) (2010), at 5; Honeyman R., *The B Corp Handbook*, San Francisco, 2014, at xi; Cortese A., *Business; They Care About the World (and They Shop, Too)*, in *The New York Times* (20 July 2003) <http://www.nytimes.com/2003/07/20/business/business-they-care-about-the-world-and-they-shop-too.html>. **6**) Deloitte, *Millennial Innovation Survey*, January 2013, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/dttl-crs-millennial-innovation-survey-2013.pdf>, at 9. **7**) In the last 30 years, the number of investors following sustainable and responsible investment strategies has increased significantly. This has contributed to the emergence of specific stock market indices (such as the Dow Jones Sustainability Indices or the Financial Times Stock Exchange 4Good) and dedicated financial markets (such as the Social Stock Exchange in London and the Impact Investment Exchange Asia); see among others Troilo P., *Are Social Stock Exchanges the Great Equalizer to Democratize Development Finance?*, in *DEVEX Impact* (15 July 2013), <https://www.devex.com/en/news/are-social-stock-ex-changes-the-great-equalizer-to-democratize-development-finance/81436>; and the US SIF Foundation's 2016 Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, Executive Summary, [https://www.ussif.org/files/SIF\\_Trends\\_16\\_Executive\\_Summary\(i\).pdf](https://www.ussif.org/files/SIF_Trends_16_Executive_Summary(i).pdf), at 12–13. **8**) See Montgomery D.B. and Ramus C.A., *Including Corporate Social Responsibility, Environmental Sustainability, and Ethics in Calibrating MBA Job Preferences* (December 2007), Stanford University Graduate School of Business Research Paper No. 1981, <http://ssrn.com/abstract=1077439>; *Talent Report: What Workers Want in 2012*, a study by Net Impact and Rutgers University, <https://www.netimpact.org/research-and-publications/talent-report-what-workers-want-in-2012>. **9**) Hansmann H., *The Role of Nonprofit Enterprise*, in 89 *Yale L.J.* (1980), at 835 ff.; Hansmann H., *Reforming Nonprofit Corporation Law*, in 129 *U. Pa. L. Rev.* (1981), at 501 ff. **10**) Following a change of corporate control, the new controller can decide to terminate the original social mission and to pursue only the

profit purpose, which is the only corporate purpose provided for in the articles of incorporation and bylaws of an ordinary business entity. **11**) On the shareholder primacy model, see Friedman M., *The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine* (13 September 1970), <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>; Jensen M.C., *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, in 14 *Journal of Applied Corporate Finance* (2001), at 8 ff. **12**) For more information on B Lab and the BIA certification system, see <https://bcorporation.net/about-b-lab>. **13**) See *Vt. Stat. Ann. Tit. 11, §3001(27)*. Other states such as Illinois, Louisiana, Maine, Michigan, Rhode Island, Utah and Wyoming have introduced the L3C statute. On L3Cs, see Lang R. and Carrott Minnigh E., *The L3C, History, Basic Construct, and Legal Framework*, in 35 *Vt. L. Rev.* (2010), at 15. **14**) I.R.C. §§4944(c); 170(c)(2)(B); 26 CFR 53.4944-3(b) Ex. (3). The purpose of the L3C statute is to attract PRIs from foundations, investments considered by the IRS as “qualifying distributions”, meaning that they count toward the IRS’s requirement that private foundations spend 5% of their net worth in any given year, see KELLEY T., *Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier*, cit., at 356. **15**) Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 682–688; Murray J.H., *The Social Enterprise Law Market*, in 75 *Md. L. Rev.* 541 (2016), at 545–546. **16**) Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 693. **17**) See [http://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20\\_4\\_17\\_17.pdf](http://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf). **18**) See Subchapter XV of the “Delaware General Corporation Law” (Del. Code Ann. Tit. 8, §§ 361–368). **19**) Model Act §102 – “General public benefit” and §201(a). **20**) According to the definition provided in the Model Act §102, the specific public benefit includes: (1) providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services; (2) promoting economic opportunity for individuals or communities beyond jobs in the normal course of business; (3) protecting or restoring the environment; (4) improving human health; (5) promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge; (6) increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; and (7) conferring any other particular benefit on society or the environment. **21**) See IRS Information Letter 2016–0063 of 2 June 2016, which authorised benefit corporations to deduct contributions to charities as business expenses when the payments are for institutional or goodwill advertising to keep the corporation’s name before the public. These contributions, which are treated as business expenses, essentially produce an immediate reduction in taxable income. As such, the IRS in fact provides for a tax advantage allowing benefit corporations to make donations or payments to charitable organisations greater than the current 10% limit on corporate charitable contributions. **22**) These chartered corporations have the purpose of creating a “general public benefit” and directors have a duty to balance the financial interests of the shareholders with the best interests of persons that are materially affected by the conduct of the corporation (such as employees, customers, the communities and the environment). Moreover, the bill empowers workers to elect at least the two-fifths of the members of the board of directors and restricts the sales of company shares by directors and officers, in order to ensure they are focused on the long-term interests of all corporate stakeholders. See *Accountable Capitalism Act*, S. 3348, 115<sup>th</sup> Congress (2017–2018). **23**) Defourny J., Nyssens M., *Social Enterprise in Europe: Recent Trends and De-*

*velopments*, in 4 *Soc. Enterprise J.*, at 206–208 (2008); Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 671–674; Kerlin J.A., *Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences*, cit., at 254. **24**) Kerlin J.A., *Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences*, cit., at 252–254. **25**) *Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, at 2, COM (2010) 2020 final (3 March 2010). **26**) *Single Market Act: Twelve Levers to Boost Growth and Strengthen Confidence*, at 24–25, COM (2011) 206 final (13 April 2011). **27**) *Social Business Initiative: Creating a Favourable Climate for Social Enterprises, Key Stakeholders in the Social Economy and Innovation*, at 2, COM (2011) 682 final (25 October 2011). **28**) The various communications released by European Commission suggest the creation of a comprehensive European legal framework to promote the development of the SE sector and to facilitate investments in these enterprises at a European regional level. Moreover, the Commission suggests reforming the statute of the European Cooperative Society, considering that many social enterprises operate in the form of social cooperatives. The European Commission is therefore focused on the development of an organisational form characterised by the non-distribution constraint with limits on the distribution of profits. On this issue see Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 679–680. **29**) See *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act*, 2004, c. 27, § 26. In legal literature see Lloyd S., *Transcript: Creating the CIC*, in 35 *Vt. L. Rev.* (2010), at 31 ff.; Esposito R.T., *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., at 674–678. **30**) See *Office of the Regulator of Community Interest Companies, Community interest companies: guidance chapters, Chapter 6: The asset look*, at 6 ff. **31**) *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act*, 2004, c. 27, § 35(2), according to which “A company satisfies the community interest test if a reasonable person might consider that its activities are being carried on for the benefit of the community.” **32**) *Law of 28 December 2015, n. 208 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di Stabilità 2016)”* (G.U. 30 December 2015), art. 1, paragraphs 376–384. **33**) However, there is a debate over the possible reduction of the company’s taxable income with regard to all costs relating to the pursuit of the public benefits provided for in the bylaws. See Setti M., *Implicazioni fiscali del nuovo istituto delle società benefit*, in *Corriere tributario*, 29/2016, pp. 2301–2306. **34**) See e.g. the Green Paper “Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility”, 18 July 2001, COM(2001) 366; *Commission Communication of 15 May 2001 on “A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development”*, COM(2001) 264; *Commission Communication of 13 December 2005 on the review of the Sustainable Development Strategy – A platform for action*, COM(2005) 658; *Commission Communication of 25 October 2011 on “A renewed EU strategy 2011–14 for Corporate Social Responsibility”*, COM (2011) 681. **35**) *Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups*. **36**) *Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement*. **37**) *Ley No. 1901*, 18 June 2018.

# HYBRID ENTITIES IN SWITZERLAND

## Can swiss entities pursue for-and non-profit purposes at the same time?

**Swiss law does not contain a dedicated legal form for hybrid entities or benefit corporations. The question is therefore whether existing legal vehicles may allow entrepreneurs to pursue for- and non-profit purposes at the same time. In other words, can a Swiss entity blend profit and financial returns for investors together with a public utility impact? This short article intends to provide a panorama overview of the Swiss legal framework and the possibilities offered by the current legal system.**

### 1. INTRODUCTION

In 2008, the financial crisis hit the world's economy hard and had a strong impact on the millennial generation, who represent today's entrepreneurs. But every cloud has a silver lining and out of the ashes of the crash was born a new type of economy, which is often referred to as the fourth sector [2].

Historically, entrepreneurs had to choose between realising profits or pursuing non-profit purposes (philanthropy). But today's entrepreneurs have to navigate in a new world, in which making profits comes together with the urge to create a positive impact on society, which also often matches the interests of "responsible" investors. The paradigm shift is palpable. Companies are expected to consider the interests of all stakeholders, and not only of their shareholders, and a long-termist, sustainable view is expected from management [3].

This trend is observable worldwide and takes various legal forms and classifications [4], such as social enterprises, blended enterprises, benefit corporations, low-profit limited liability companies (L3C), dual- or multi-purpose entities, flexible- or social purpose corporations, low-profit LLCs, benefit corporation, etc. For purposes of this paper, we will stick to the overarching definition of "hybrid entities".

In Switzerland, contrary to other jurisdictions, the legal system has not been amended to encompass this duality. Furthermore, this topic is not (at all) on the political agenda at the moment, as the Federal Council has recently pointed out [5].



VINCENT PFAMMATTER,  
LL.M. (UC BERKELEY),  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER SIGMA LEGAL,  
GENEVA, ACADEMIC  
FELLOW AT THE GENEVA  
CENTRE FOR  
PHILANTHROPY [1]

Swiss law therefore requires from those who desire to set up a hybrid entity to adopt either the form of a corporation (LLC or LTD; chapter 2 below), a cooperative (chapter 3 below), or a charity (chapter 4 below). While none of these structures were initially thought to serve dual purposes, the flexibility of Swiss law allows entrepreneurs to go quite far in reaching this objective. The purpose of this article is therefore to provide for an overview of the advantages and disadvantages of Swiss legal entities when they try blending both for-profit and non-profit purposes under one roof [6].

This article focuses on corporate structuring, and does not deal with tax-related questions, in particular the questions of whether corporations could benefit from tax exemptions if they pursue public-utility purposes, or whether tax-exempted charities should be able to pursue a commercial activity.

### 2. CORPORATIONS (LTDS AND LLCs) AS HYBRID ENTITIES?

**2.1 Principle.** The two main forms of corporate vehicles in Switzerland are the *company limited by shares* ("LTD") [7] and the *limited liability company* ("LLC") [8] (together referred to as "corporations"). Both are entities held by shareholders, with their own legal personality, and sole liability for their own debts. The core structure and purpose(s) of these entities are set in their articles of association, which can be supplemented by organisational and governance rules. The purpose of corporations must in principle be of an economic nature (*i.e.* a for-profit purpose) [9]. The corporation must therefore pursue the objective of making profits for the benefit of its shareholders [10].

In the following three sections, we will review how Swiss law has evolved, and what possibilities it offers today, in order to fit hybrid purposes under the legal structure of LTDs or LLCs.

**2.2 From shareholder primacy to stakeholder value and the birth of the 4<sup>th</sup> sector.** Traditionally, corporate law re-



quired that directors place profits and shareholder value (maximisation of financial returns for shareholders) above all other objectives. This is generally referred to as the *shareholder primacy principle*. Swiss corporate law therefore contained (and still does) mechanisms forcing directors to adopt an approach which primarily benefits the shareholders and leaves ultimate control with them [11]. In particular, directors could not decide unilaterally to retain or use benefits for purposes other than distribution to the shareholders [12].

This rather inflexible view of corporate law does not sit well with the multi-purpose approach of hybrid entities. But nowadays, the shareholder primacy principle is counter-balanced by a number of other forces.

The starting point, which was initiated decades ago and is now largely recognised [13], was the corporate social responsibility movement [14]. As Peter/Jacquement put it, today's "rules of the game" are not limited anymore to state laws and regulations. Rather, they require consideration to be given to economic, social and moral requirements, which sometimes may even prevail [15].

It is also undeniable that there is globally increasing awareness for, and focus on environment and social matters, which are forcing companies to consider purposes other than pure profit-making (by way of an example, see the 17 UN Sustainable Development Goals of the World's Agenda for 2030).

In Swiss corporate law, one may consider that a legal basis has always existed for for-profit entities to adapt to social businesses. Indeed, according to Article 717 para. 1 of the Swiss Code of Obligations ("SCO"), board members and corporate directors have to exercise their duties by taking into consideration the interests of the shareholders and of the company itself, as opposed to solely the interests of the shareholders. In other words, one has to consider that a company has a distinct and autonomous liability, which differs from the sole pursuit of profit making for its shareholders. According to leading legal scholars, this could be the legal basis of the *stakeholder value theory* in Switzerland [16], as long as decisions taken in the interest of stakeholders also serve the company's interests in the long run (sustainability) [17].

To illustrate evolution in this matter, the *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, edited by *economiesuisse*, has in its latest revision in 2014 deleted references to the interests of the shareholders only, and evolved towards stakeholder values. This evolution has also been recognised by the Swiss Supreme Court, according to which the interests of stakeholders other than the shareholders must also be considered in the decision-making process [18].

Finally, there are some positive signs from corporations which spontaneously amend their purpose clause and embed stakeholder values in their statutes, such as for instance Nestlé or Novartis [19].

What this evolution seems to demonstrate is that Swiss corporations might not need a new legal structure in order to enhance their purpose to include social benefit purposes, besides the primary profit-making purpose. The current legal system might in fact already allow for enough flexibility in this respect. One question remains, however: is it sufficient? Does Swiss law allow one to go one step further and consider

the interests of all shareholders at the same level (and profit-making for shareholders not above others)?

This question is being asked worldwide [20], with entrepreneurs increasingly motivated by social aims and new business models. Given that in general "for-profit and nonprofit

---

*"Two famous examples of cooperatives in Switzerland are the two largest retail food-stores: Coop and Migros."*

legal and tax models are not designed for the simultaneous pursuit of social and financial bottom lines" [21], some countries have already made legislative amendments in order to solve the recurring issue of the appropriate legal form [22]. The birth of these new companies, structured in their own legal form, is sometimes referred to as the 4<sup>th</sup> economic sector [23]. Swiss law has not made such a move, and the Federal Council does – a priori – not intend to move in this direction [24].

**2.3 Third-party accountability: labels and standards (B Corps).** The absence of a dedicated legal status to address the needs and goals of hybrid entities has led to initiatives from the private sector, namely the creation of assessment standards, like the B Corporation certification of the B Lab organisation. B Lab defines itself as "a nonprofit that serves a global movement of people using business as a force for good" [25].

The certification granted by B Lab based on an assessment of the company measures its "entire social and environmental performance", and evaluates how a company's operations and business model impact workers, community, environment and customers [26]. In other words, B Lab certification designates companies that have, globally, a positive impact on society rather than a focus on maximising shareholder profits. There are many great examples worldwide of commercially successful B Corporations, such as Patagonia, Ben & Jerry's, Kickstarter and Nature & Découvertes.

In Switzerland, B Corp enthusiasts have to comply with the existing legal framework and the requirements imposed by the B Corp label. To this end, B Lab requires that Swiss companies "adopt governing documents which include a commitment to a 'triple bottom line' approach to business" [27].

In practice, this means that companies must amend their articles of association to reflect the following principles [28]: (i) promote the benefit of their shareholders, but also have a material positive impact on society and the environment, (ii) consider a range of stakeholder interests (including shareholders, employees, suppliers, society and the environment), and (iii) consider that shareholder value is not the supreme consideration but one factor amongst the many stakeholder interests which board members need to consider when running the business.

In Switzerland, there are currently twenty companies certified as B Corps, across all sectors of industry [29]. About half of them are LTDs, the other half LLCs, and one is a cooperative.



With regards to incentives, it is important to bear in mind that such entities do not generally benefit from tax exemptions by virtue of their multi-stakeholder approach. They remain for-profit entities and are taxed as such.

**2.4 Non-profit corporations (Article 620 para. 3 SCO)** [30]. In Switzerland, another widely unexplored [31] but existing option is to set up a non-profit corporation [32].

According to Article 620 para. 3 SCO, a company limited by shares may also be established with a non-economical purpose [33], meaning with an “ideal” purpose. Such purposes could for instance lean towards culture, philosophy, public-utility, religion, politics and leisure [34]. The existence of corporations with non-commercial purposes is widely recognised by legal scholars [35], as well as by Supreme Court case law [36]. Recently the Federal Council has also reiterated that the current state of Swiss law authorised the creation of corporations with non-economical purposes [37].

Even though the possibility of setting-up a corporation with a non-commercial purpose has clearly been contemplated by our legislator, it is largely unknown and even less used. In our opinion, the reasons are these: viewed as an alternative to a foundation or an association, a corporation with non-economical purposes will face difficulties with fundraising and obtaining public subsidies [38]. It will also quite likely not be able to benefit from tax exemptions. In addition, Swiss law requirements are often stricter for corporations than they are for associations and foundations, in particular when it comes to the fiduciary duties of management and accounting [39]. These may be some of the reasons why, up until now, social entrepreneurs have favoured foundations or associations if they were willing to pursue non-profit purposes.

**2.5 Conclusion on corporations.** Swiss corporate law has not been thought up for hybrid structures, and there is no dedicated legal vehicle to this end. That being said, corporate law is in our view flexible enough to allow for interests other than purely for-profit ones to be considered. Besides, corporations may also clearly express in their statutes their intention to pursue multiple purposes, some of which may be of a non-economic nature. Finally, even if the legislator does not seem to be willing to develop the law in this direction, the private sector encourages such initiatives, notably through labels and standards like B Corps.

### 3. THE COOPERATIVE: A SERIOUS CANDIDATE FOR HYBRIDITY

**3.1 Introduction.** Cooperatives [40] are corporate entities composed of an unlimited number of individuals or commercial companies (but at least seven), who join together for the primary purpose of promoting or safeguarding their own interests. Cooperatives are businesses owned and run by and for their members [41], which may pursue a commercial activity to this end [42].

As opposed to corporations, the purpose of cooperatives is based on a member-centred concept (similar to an association), rather than on making profits and retributing only the investment of shareholders. In other words, while corpora-

tions represent a capital divided in shares, cooperatives are a reunion of economic forces of a personal character [43].

**3.2 Purpose(s).** According to Article 828 para. 1 SCO, cooperatives primarily pursue economic purposes (i.e. the economic purpose of their members), but they may pursue, next to such economic purposes, other purposes, as long as they also serve the interests of their members [44].

The ordinance on the register of commerce seems to push it even further since it contemplates that cooperatives with pure public utility purposes may also be validly registered

---

*“Even though the possibility of setting-up a corporation with a non-commercial purpose has clearly been contemplated by our legislators, it is largely unknown and even less used.”*

(see Article 86 let. b para. 2 Swiss Ordinance on Register of Commerce, “ORC”) [45].

It must also be noted that cooperatives are authorised to consider the interests of other stakeholders (i.e. interests of non-members) [46].

Two famous examples of cooperatives in Switzerland are the two largest retail food-stores: Coop and Migros. In both instances, their articles of association stipulate that the cooperative must foster not just the interests of its members but also consumers and other stakeholders.

**3.3 Distribution of dividends and other specificities of cooperatives.** While corporations look to realising benefits for their shareholders and distribute them via dividends, cooperatives, conversely, tend to provide benefits to their members through concrete actions (rather than through a distribution of profits) [46<sup>bis</sup>].

Notwithstanding this, a limited distribution of dividends is authorised as contemplated under Article 859 para. 2 and 3 SCO [47]. For such a distribution to take place, the following conditions must be met: (i) the cooperative must have made benefits, (ii) the articles of associations of the cooperative must contemplate the possibility of a distribution of dividends, (iii) the distribution must be made in proportion to the share of capital, and (iv) the percentage of the distribution may not exceed the usual rate of interest for long term loans without special security (which means that the shareholder of a cooperative may not be remunerated more than an ordinary lender) [48]. The practical consequence of these conditions is that the return on capital investment is limited, and resembles more closely the payment of interest than a proper return on investment.

This limitation is mainly triggered by the philosophy of the cooperative, which has at its core the common action and benefit of its members and the fact that it does not intend to pursue profits for itself, but rather to favour indirectly the economic interests of its members [49].

Another significant difference to corporations is the principle of “one man, one vote”. According to Article 885 SCO, every member of a cooperative is entitled to one vote, irrespective of the number of “shares” that he or she may have. This rule echoes the principle of equality of all members contemplated under Article 854 SCO and is part of the ethical grounds of the cooperative [50]. As a consequence, no member may benefit from a veto or take control of the cooperative by buying more shares of the capital.

**3.4 Conclusion on cooperatives.** The cooperative seems to be an appropriate legal vehicle when it comes to pursuing for- and non-profit purposes at the same time, in particular given that (i) it may pursue various purposes, and (ii) it is not centred on profit-making but nevertheless authorises the distribution of (limited) dividends.

It has been used in the past by very large, successful and sustainable businesses, which may have been visionary in this respect. In a way, it is a model of “social entrepreneurship” that existed even before it became an economic theory. This vehicle is however rarely considered nowadays (in fact, the number of cooperatives in Switzerland is lower today than 50 years ago), in particular in the non-profit sector [51].

#### 4. CHARITIES PURSUING BUSINESS PURPOSES

Unlike in the first part of this article, in which we considered the possibility for corporations to pursue also non-profit purposes, this section takes another angle, namely that of associations and foundations [52] (hereafter referred to as “charities”) pursuing business purposes.

At the outset, it must be pointed out that charities do not have shareholders. They may therefore not distribute profits, which makes them unsuitable for investments. One of the main drawbacks of using an association or foundation for a commercial, for-profit, purpose, is therefore that an entrepreneur cannot be the owner of its projects, as those entities have no share capital [53].

The question as to whether charities may pursue a business purpose is therefore mostly narrowed to whether or not they may have a commercial activity, and not whether they can make a profit for their shareholders (which they may not).

For charities, tax exemptions are essential, but they come with a price, namely that they may only pursue limited commercial activities. Tax-exempted entities must indeed operate on the basis of their initial capital, or on donations and subventions, and they may have only a limited revenue-generating activity [54]. However, as stated in introduction, this article focuses on corporate structuring aspects, to the exclusion of tax-related issues.

**4.1 Foundations.** A foundation is in principle meant as a legal vehicle for charity. The other classical use of foundations is for pension funds. As a matter of *de facto* principle, foundations generally do not have commercial purposes or pursue commercial activities. But they could.

Even though this question was disputed, the Supreme Court has confirmed that nothing in the Swiss civil legal framework restricts foundations from having a commercial

purpose or activity [55], as long as such purposes are not contrary to the law [56]. Furthermore, legal scholars are also of the opinion that the principle of freedom of foundation and the lack of a provision prohibiting such activity allows foundations to pursue a commercial purpose [57].

Some scholars even argue that foundations are the best-fitted legal vehicle to conduct a commercial activity and pursue a public-utility purpose [58]. They refer to such entities as *corporate foundations* (*Unternehmenstiftungen*).

In practice, however, the practical specificities of foundations often outweigh their potential advantages, which is why this structure is rarely used to pursue an economic model [59]. The specific disadvantages of foundations are mainly that a foundation is an inflexible structure (its purpose may, in principle, not be amended) and it is therefore hard for it to adapt to and evolve in line with a changing commercial environment. In addition, foundations are subject to the supervision of a state authority, which renders their daily operations somewhat more complex.

Other possible corporate structuring includes foundations, such as the setting-up of a holding-foundation in which a foundation holds a share of a for-profit corporation, and controls its activities (also called a *shareholder-foundation*; *Holdingstiftung*; *fondation-actionnaire*) [60].

**4.2 Associations.** According to Article 60 para. 1 of the Swiss Civil Code (“SCC”) and Article 91 ORC, an association may in principle not pursue a commercial purpose. It must pursue an ideal purpose (non-profit purpose) [61].

For an association, having a commercial purpose means pursuing a commercial activity and distributing the results of that activity to its members, which is not tolerated by the Swiss Civil Code [62]. There are however situations involving commercial aspects which may be contemplated: First, an association may pursue a commercial activity for the benefit of third parties (i.e. to the exclusion of its members) [63]. In this case, the association is generally considered as having an ideal purpose [64]. Second, an association may have a commercial purpose without pursuing a commercial activity. This is for instance the case for professional associations [65].

However, legal scholars exclude the possibility that associations may pursue hybrid purposes, namely simultaneously commercial and ideal purposes, as it would inevitably lead to issues of appreciations and delimitations. In such instances, applicable laws on ordinary corporations should apply to the association concerned and it must be restructured as a corporation (Article 59 para. 2 of the SCC) [66].

To sum up, associations may pursue ideal purposes and, under certain conditions, commercial (for-profit) purposes, but they may not pursue both at the same time, which makes them improper for hybrid structures.

#### 5. CONCLUSIONS

Various countries around the world have moved to adapt their legislations and adopt new legal forms in order to meet the needs of hybrid entities.

In Switzerland, the Federal Council has concluded that existing legal vehicles (LTD, LLC, association, foundation and

cooperative) are suitable for implementing and developing social entrepreneurship. Our government says it will closely follow legislative developments in European countries, and encourage private initiatives like B Corporations, but does not intend to make any legislative amendments in this respect [67].

Seeing the glass half full, this could be good news. From the perspective of our authorities, which acknowledge the importance of developing multi-purpose entities, current legislation is sufficient to allow for such ventures. This would

mean that it should be possible to blend various purposes under one roof.

Our analysis would tend to confirm this. Indeed, corporations (LTDs and LLCs), as well as cooperatives, may pursue multiple purposes, at least to a certain extent and under certain conditions. Foundations also offer possibilities to pursue multiple objectives, with the limit of there being no investment opportunities, and the strict conditions imposed by tax exemptions. Associations appear ultimately to be more limited when it comes to pursuing hybrid purposes. ■

**Footnotes:** 1) The author thanks Prof. Henry Peter for his useful comments and valuable help in the preparation of this contribution. 2) Sabeti Heerad, *The For-Benefit Enterprise*, Harvard Business Review, November 2011. 3) Smith Chloé, *Corporate Social Responsibility et durabilité*, in Expert Focus, 6–7, 2016, p. 471 et seq. 4) Brakman Reiser Dana, *Blended Enterprise and the Dual Mission Dilemma*, Brooklyn Law School, BrooklynWorks, 35 Vermont Law Review, 2010, p. 105 et seq. 5) Interpellation 18.3455 of national council Molina Fabian, and related statement of the Federal Council of 22 August 2018. Interpellation 13.3689 of national council Mr. Nussbaumer Eric, and related statement of the Federal Council of 12 September 2013. 6) Similar analyses have been performed in other jurisdictions and have inspired this article. For an overview of the US legal system see in particular Brakman Reiser Dana, op. cit. The Thomson Reuters Foundation also published a number of studies in this field, amongst which, for the United States: *Which Legal Structure is right for my social enterprise? A guide to establishing a social enterprise in the United States*, 2016 (Morrison & Foerster LLP), for the United Kingdom: *Social Ventures: Which legal structure should I choose? A Guide for social entrepreneurs in England and Wales*, 2016 (Morrison & Foerster LLP and UnLtd); For Switzerland: *Pfammatter Vincent (sigma legal) and Wynne Julie (Froriep), Philanthropy and Social Entrepreneurship, A Guide to legal Structures for NGOs and Social Entrepreneurs in Switzerland*, Thomson Reuters Foundation, 2017, p. 53; all available at <https://www.trust.org>. 7) Article 620 et seq. of the Swiss Code of Obligations (“SCO”), RS 220. 8) Article 772 et seq. SCO. 9) Article 620 para. 3 SCO, a contrario, for LTDs and Article 772 for LLCs. 10) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, *Droit suisse des sociétés, avec mise à jour 2015*, Edition française par Iordanov Peter, ed. 2015, p. 490. 11) Peter Henry, Jacquemet Guillaume, *Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles corrélations?*, in SZW/RSDA 3/2015, p. 173. 12) Peter Henry, Jacquemet Guillaume, op. cit., p. 172. 13) Peter Henry, *La Corporate Social Responsibility 2.0, concrétisation d’un principe acquis*, in ExpertFocus 6–7, 2016, p. 469 et seq. 14) See for instance publication of economesuisse, *Corporate Social Responsibility from a Business Perspective*, July 2015. 15) Peter Henry, Jacquemet Guillaume, op. cit., p. 173, and the cited references. 16) Ibidem. 17) Neri-Castracane Giulia, *Les règles de gouvernance d’entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l’entreprise – Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Collection Genevoise, Genève/Zürich 2016, Schulthess Editions Romandes, p. 224. 18) For a study of case law

on this topic, see Neri-Castracane Giulia, op. cit., p. 225. 19) Neri-Castracane Giulia, op. cit., p. 349. 20) See articles and guides cited in footnote n°6 above. 21) Sabeti Heerad, op. cit. 22) For further information on this topic, see Ventura Livia, *The Social Enterprise Development and the Birth of Hybrid Entities. A Comparative Law Perspective*, published in the same edition of Expert Focus, p. 170 ff. 23) Neri-Castracane Giulia, op. cit., p. 350. 24) Interpellation 18.3455 and 13.3689, op. cit. 25) <https://bcorporation.net/about-b-lab>, last consulted on 30.11.2018. 26) <https://bcorporation.net/certification>, last consulted on 30.11.2018. 27) <https://bcorporation.net/certification/legal-requirements>, last consulted on 30.11.2018. 28) <https://bcorporation.net/certification/legal-requirements>, last consulted on 30.11.2018. 29) <https://bcorporation.eu/directory>, last consulted on 30.11.2018. 30) The situation is identical for LLCs. Since the reform of the law in 2007, the previously existing condition of article 772 para. 3 old SCO which provided that LLCs could only be established for an economic purpose has been removed, with the intention to confirm that LLCs could pursue either economic or non-economic purposes. The Report of the Federal Council on the amendment specifies that LLCs should, besides economic purposes, be authorised to pursue ideal purposes of public utility. 31) Baudenbacher Carl, *Basler Kommentar zum Obligationsrecht II*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2016, ad Art. 620, n° 2. 32) Baumann Lorant Roman, Markowitsch Sandra-Jane, *Die Gemeinnützige GmbH, Auslegung einer kaum genutzten Alternative zur Stiftung*, Expert Focus 3/2016, p. 136 et seq. 33) Lombardini Carlo, *Commentaire Romand du Code des Obligations II*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2017, ad art. 620 n° 42–43; Baudenbacher Carl, op. cit., ad Art. 620, n° 2. 34) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 490. 35) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 490; Montavon Pascal, Montavon Michael, Bucheler Rémy, Jabbour Ivan, Matthey Alban, Reichlin Jeremy, *Abrégé de droit commercial*, Schulthess 2017, Zürich, p. 236. 36) Swiss Federal Court decision, 25 February 2016, B\_3502/2014, para. 4.1. 37) Interpellations 18.3455 and 13.3689, op. cit. 38) Baumann Lorant Roman, Markowitsch Sandra-Jane, op. cit. 39) Jakob Dominique, Huber Romand, Rauber Katharina, op. cit., p. 16. 40) Articles 828 to 926 SCO. 41) Pfammatter Vincent, Wynne Julie, *Philanthropy and Social Entrepreneurship, A Guide to legal Structures for NGOs and Social Entrepreneurs in Switzerland*, Thomson Reuters Foundation, 2017, p. 53. 42) Jakob Dominique, Huber Romand, Rauber Katharina, op. cit., p. 14. 43) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 744. 44) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 747. 45) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter,

op. cit., p. 747. 46) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 749 and cited references. 46<sup>bis</sup>) Meier-Hayoz Arthur, Forstmoser Peter, op. cit., p. 744. 47) Reymond Jacques-André, *Traité de droit privé suisse*, Volume VIII, Droit commercial, Tome III/1, La Coopérative, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 162 et seq. 48) Neuhäus Markus R., Balkanyi Patrick, Basler Kommentar zum Obligationsrecht II, Helbing Lichtenhahn, Basel 2016, ad Art. 859, n° 6. 49) Reymond Jacques-André, op. cit., p. 4. 50) Chabloz Isabelle, *Commentaire Romand du Code des Obligations II*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2017, ad art. 885 n° 2 et seq. 51) Jakob Dominique, Huber Romand, Rauber Katharina, op. cit., p. 14. 52) Articles 80 SCC et seq.; Articles 60 SCC et seq. 53) Wynne Julie, *La société à but non lucratif, un nouveau modèle pour l’entrepreneur social?*, 26 May 2016, Newsletter of Sustainable Finance Geneva. 54) Baumann Lorant Roman, Markowitsch Sandra-Jane, op. cit. 55) As recognised by the Swiss Supreme Court in Swiss Federal Court decision, 75 II 81 (Holding-Foundation) and Swiss Federal Court decision, 120 II 137, para. 3 d; See also Swiss Federal Court decision, 127 III 337, para. 2a. 56) Swiss Federal Court decision, 110 Ib 17, para. 3d. 57) Grüniger Harold, *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, ad Art. 80 SCC, n° 17–22. 58) Würmli Martin, op. cit. 59) Swiss Federal Court decision, 127 III 337. 60) Riemer Hans Michael, *Rechtsprobleme der Unternehmenstiftungen*, ZBJV 116/1980, 489 et seq.; For further information on this topic, see Delphine Bottge, *Shareholder Foundations (Holding Foundations) in Switzerland, Overview from a legal perspective*, published in the same edition of Expert Focus, p. 180 ff. 61) Swiss Federal Court decision, 127 III 337, para. 2b. See Article 60 para. 1 SCC which reads in the translation available at <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>: “Associations with a political, religious, scientific, cultural, charitable, social or other non-commercial purpose acquire legal personality as soon as their intention to exist as a corporate body is apparent from their articles of association”. 62) Jeanneret Vincent, Hari Olivier, *Commentaire Romand du Code Civil I*, Helbing Lichtenhahn 2010, Basel, ad Art. 60, n° 14, ad art. 60, n° 7. 63) Jeanneret Vincent, Hari Olivier, op. cit., ad art. 60, n° 8. 64) Jeanneret Vincent, Hari Olivier, op. cit., ad art. 60, n° 8. 65) Jeanneret Vincent, Hari Olivier, op. cit., ad art. 60, n° 8. 66) Jeanneret Vincent, Hari Olivier, op. cit., ad art. 60, n° 14. 67) Interpellation 18.3455 and 13.3689, op. cit.. See also Normand Jonathan, *Les objectifs sociaux et environnementaux dans les statuts de l’entreprise*, in LeTemps Blog, 3 September 2018.



# SHAREHOLDER FOUNDATIONS (HOLDING FOUNDATIONS) IN SWITZERLAND

## Overview from a legal perspective

**Companies held by foundations, such as Rolex, Victorinox, Sandoz, Ikea, Bosch, Lego and Carlsberg, are of considerable economic importance in Northern Europe, as well as in Switzerland, although they are still largely unknown and seldom used there. This article proposes a functional definition of the shareholder foundation under Swiss law and raises some of the legal and tax issues involved [1].**

### 1. DEFINITION AND CRITERIA

**1.1 Definition.** The terms “shareholder foundation” and “holding foundation” do not have a specific legal definition under Swiss law. Instead, Article 80 of the Civil Code (CC) [2] generally provides that “A foundation is established by the endowment of assets for a particular purpose”. As a working hypothesis for the purposes of this paper, we have adopted the following definition based on Swiss Federal Supreme Court [*Tribunal fédéral*] case law [3]: a holding foundation (also known as a shareholder foundation), irrespective of its purpose, is a foundation which holds a significant interest in one or more commercial undertakings [4].

Swiss legal literature generally uses the term “holding foundation” to describe this type of set-up, however we prefer the term “shareholder foundation”, in keeping with some authors [5] and the First European Study carried out by the French firm Prophil in 2015 [6]. Moreover, in Swiss tax law, the term “holding” refers to a company whose sole purpose is to hold equity interests, which is very rarely the case with the foundations we are dealing with here (see *infra* 1.2.2).

**1.2 Criteria.** Since the concept of a shareholder foundation is not uniformly employed, this article endeavours to offer a *functional definition* designed to address some of the legal and tax issues involved in this type of entity. In this respect, we propose the following criteria:

**1.2.1 Endowment of assets that have legal personality.** In the case of shareholder foundations, there are two possible scenarios:

1) a foundation is established by a founder-entrepreneur who wishes to transfer all or part of his holdings in a company to the foundation. This would involve the founder divesting himself of the assets concerned; 2) a pre-existing foundation acquires interests in a company, either by receiving holdings, or by establishing a company to engage in activities which generate income.

**1.2.2 Special purpose.** A shareholder foundation may have a *general interest purpose*. Usually considered as such are purposes of a philanthropic, humanitarian, healthcare, ecological, educational, scientific or cultural nature [7]. Holding interests would therefore be one of the ways in which the foundation could achieve its purpose, thanks to the dividends it receives as a shareholder. This model encourages philanthropists and social entrepreneurs to give all or part of their holdings in a company to a foundation. It can also encourage foundations to transfer income-generating activities to subsidiaries in order to contribute to the foundation’s own financial sustainability. The foundation can also directly fulfil its purpose via the economic activities of a company in which it holds a “significant” interest. This is particularly the case for companies which operate structures related to the foundation’s purpose (hospitals, sports or cultural centres, social inclusion projects, etc.) or which provide property for use in the foundation’s operation.

Nowadays it is accepted that a shareholder foundation can have an *economic purpose* [8]. This is the case if the foundation’s purpose is to perpetuate the company and it reinvests all net profit in that company [9]. Legal literature also recognises an economic purpose when its benefits “are paid unconditionally and without compensation to a limited circle of people” [10].

In the above cases, the foundation’s governing document (Articles) generally contains a provision forbidding the transfer or sale of the holding, other than for reasons of economic necessity.

Finally, a shareholder foundation may have a *mixed purpose*, combining the above two purposes [11]. This is frequently



DELPHINE BOTTGE,  
ATTORNEY-AT-LAW,  
PARTNER, BOTTGE &  
ASSOCIÉS, ACADEMIC  
FELLOW AT THE GENEVA  
CENTRE FOR  
PHILANTHROPY



the case, although in reality it is not always easy to determine which one takes precedence since the two are often interrelated [12]. Indeed, all too often stakeholders confuse a foundation's economic activity (for a shareholder founda-

---

*“Nowadays it is accepted that a shareholder foundation can have an economic purpose. This is the case if the foundation's purpose is to perpetuate the company and it reinvests all net profit in that company.”*

tion, the fact that it holds interests) with its purpose. The holding of interests by a foundation should primarily be regarded as a matter of fact, a means used to achieve its purpose, which is expressly and exhaustively set out in a specific article in its governing document.

**1.2.3 Subject to supervision.** Foundations under Swiss private law, with the exception of family and ecclesiastical foundations, are placed under the supervision of a state authority, which can be federal, cantonal or municipal depending on the foundation's purpose. As provided by Article 84(2) CC, the supervisory authority must ensure that the foundation's assets are used for their declared purpose. Supervision covers both the management and the use of assets. We therefore question the extent and even the relevance of the supervision of shareholder foundations in certain cases (see *infra* 2.1.).

**1.2.4 Holding a significant interest in one or more commercial undertakings.** Attempts to define this characteristic, common to all shareholder foundations irrespective of their purpose, meet with the same difficulties as those encountered when trying to define it, more generally, in company law [13]. There is no consensus in legal literature as to a set level of participation [14], although it would need to be a “significant” interest. It appears nonetheless that the essential criterion would be control, which carries with it “the ability to influence the operation of the company” [15]. This would be obvious in cases where the foundation holds all the shares in the company. For some authors, the criterion is a shareholding of at least 20% [16], yet that is merely the level which the lawmakers set, in Article 960d(3) CO, for raising a presumption of significant influence over the company. But does adhering to this criterion alone not exclude otherwise relevant cases? Could we also consider foundations which hold significant dividend rights, but not voting rights? What about a foundation whose purpose, which is innovative and serves the public interest, is to preserve the social mission of companies, and which in order to achieve that goal holds a single share in those companies with a right of veto over that mission [17]? We would suggest a more nuanced approach, since a functional definition must be flexible, especially when its pur-

pose is to query the virtuous nature of this model and its ability to succeed and grow in Switzerland under existing law. Tackling a particular constraint or concern, whether it be fiscal or related to the oversight or governance of such foundations, may require a more refined definition or other more specific criteria.

**1.3 Statistics and actuality in Switzerland.** Every year, the CEPS [18] publishes statistics on the number of foundations and the areas supported by foundations with a general interest purpose, but offers no information about the number of shareholder foundations. This is hardly surprising, given that the Swiss foundation environment makes it difficult to carry out such a survey, for various reasons. Other than the very broad definition established by the Swiss Federal Supreme Court, there is no consensus as to what specific criteria would define a shareholder foundation. The FADP [19] limits the disclosure of data by supervisory authorities, although it is doubtful whether such authorities would have uniform criteria for identifying and classifying shareholder foundations. Be that as it may, although it may be possible to identify the number of foundations in Switzerland, there is no way of knowing the exact number of foundations with recognised “public interest” status, since decisions regarding tax exemption are not made public. Finally, one might question the inclination to communicate information about companies held by shareholder foundations or about the foundations themselves. There was, however, a study carried out in 1997 by Roger Schmid [20] containing a survey of shareholder foundations, which listed less than one hundred in Switzerland. However, one should bear in mind that 1) the criteria applied by Roger Schmid were more restrictive than the ones we use here; 2) he only dealt with companies with a share capital of over CHF 1 million or which had, according to his own assessment, “economically attractive interrelationships”, 3) and in which 20% of the equity interests were held by foundations; 4) several foundations or companies surveyed have been liquidated since 1997; 5) new foundations have been formed or have acquired holdings since then [21].

Still, we would mention the foundations Hans Wilsdorf, Ethos in Geneva, the DSR foundation in the Canton of Vaud, Jacobs Stiftung, Vontobel Stiftung, Lindt Cocoa Foundation in Zurich, Ernst Gühner Stiftung in Zug, and Dätwyler Stiftung in Uri.

## 2. LEGAL AND TAX ISSUES

**2.1 Supervision.** The supervision of foundations, which has been the centre of debate in Switzerland for several years, raises a number of questions about the extent and relevance of such supervision.

**2.1.1 Extent of supervision.** It may be useful to examine this issue in the light of *financial reporting law*. Under Article 963 CO, “Where a legal entity which is required to file financial reports, controls one or more undertakings that are required to file financial reports, the entity must prepare consolidated annual accounts (consolidated accounts) in the annual

report for all the undertakings controlled”. The mere possibility of exercising control is sufficient to require that consolidated accounts be kept, within the meaning of this provision, whether or not such control is actually exercised.

Foundations may transfer the obligation to prepare consolidated accounts to a controlled company (which we will call an intermediate holding company) if it includes all the other companies under a single management through a majority of the votes, or in some other way, and it proves that it has effective control over them [22]. In certain instances, a foundation may not be obligated to prepare consolidated accounts (this depends, in particular, on its balance sheet, revenue and number of employees) [23]. Nevertheless, the supervisory authority may waive such exemption and require the foundation to prepare consolidated accounts [24].

In view of the above, and bearing in mind the principles of proportionality and subsidiarity [25], one might ask whether the supervision of shareholder foundations justifies the competent authority having access to the organisation and financial statements of the companies held [26]. This question deserves to be explored, in each case taking into account the specific structure (e.g. the existence of an intermediate holding company).

**2.1.2 The relevance of supervision.** In general, two main reasons are given as grounds for state supervision of foundations: the protection of the founder’s intentions (since foundations have no shareholders and no members to control their management), and the protection of public interest (as foundations usually pursue general interest purposes, there is an interest in ensuring that the assets are being used for their declared purpose) [27]. One can therefore question the relevance of imposing state supervision on shareholder foundations which have a purely economic purpose and basically do not pursue a public interest purpose (see supra 1.2.2).

These issues are particularly relevant given that, in an increasingly complex environment in which they may lack resources [28], there is a tendency for supervisory authorities to be more restrictive. This, in general, could run counter to the freedom of foundations “which was the biggest step forward in Swiss law on foundations” [29] and, in the case of shareholder foundations, lead to state influence over companies operating in the private sector. Considering the above, would it not be appropriate to reconsider the supervision of shareholder foundations, by envisaging an alternative? This could include supervision confined to foundations pursuing, even in part, a public interest purpose [30], or supervision grouped under a single authority with the specific expertise required to understand such entities and the issues involved, for example by placing all shareholder foundations under federal supervision.

**2.2 Tax law.** Can shareholder foundations benefit from tax exemption? While Articles 56g LIFD/BBG [31] and 23(1)(f) LHID/StHG [32] state that “in principle, economic purposes cannot be considered to be of public interest”, they add that “the acquisition and administration of significant equity interests in companies are of a public interest nature when the

interest in perpetuating the undertaking is secondary to the public interest purpose, and no management activities are undertaken”. Shareholder foundations can therefore rely on these provisions to obtain tax exemption, provided that they fulfil the other conditions for exemption of foundations

---

*“In general, two main reasons are given as grounds for state supervision of foundations: the protection of the founder’s intentions and the protection of public interest.”*

listed in Circular No. 12 of 8 July 1994 [33]. In short, exemption for reasons of public interest presupposes, cumulatively, that: 1) the foundation pursues a public interest purpose; 2) its purpose is altruistic; 3) the funds are irrevocably assigned and exclusively used for that purpose and 4) it effectively pursues its purpose.

Circular No. 12 adds a further condition for shareholder foundations: “the law expressly states that economic purposes are not, in principle, public interest purposes. Pure capital investments – even interests of more than 50% in companies – are no longer an obstacle to tax exemption status, where such investments do not have the ability to influence the management of the company. This is particularly the case when a legal entity holds voting rights. Thus, the equity interest must not allow the holder to influence the economic activity of the company concerned, which implies a clear separation between the board of trustees and the board of directors (which must therefore be independent of each other), even if a liaison person is tolerated.”

The Circular also states that in the case of a substantial holding, “the law requires that the interest in perpetuating the undertaking be subordinated to the public interest purpose. The controlled undertaking must therefore provide regular and substantial contributions to the foundation, which must effectively devote them to an altruistic activity which serves the general, i.e. public interest”. It follows that, while shareholder foundations with a purely economic purpose, for example, whose sole purpose is the perpetuation of a company or group of companies, are not eligible for tax exemption, shareholder foundations which have a public interest purpose, even if only in part, can, at least in theory, benefit from tax exemption status (total or partial depending on the case). In reality, the tax administration will examine the Articles, and more importantly, how the shareholder foundations operate in practice, when determining their tax status.

Nonetheless, Circular No. 12 constitutes a serious restriction on the freedom of activity of shareholder foundations and is a deterrent to the development of new shareholder foundations in Switzerland. Indeed, one might ask whether the governance rules that it imposes (particularly the strict separation between the board of trustees and the board of directors, except for a liaison person) do not run counter to

the principles of good governance and risk management, by prohibiting *de facto* shareholder representation on the board of directors. As we mentioned above, the latter is responsible for oversight of the company and not for the managerial tasks, which are assigned to the executive management. The question is still open.

Be that as it may, in practice, these requirements impose an element of inflexibility which is inconducive to dynamic en-

---

*“In Germany, on the other hand, shareholder foundations usually hold dividend rights in parallel with a fiduciary company which holds the voting rights.”*

trepreneurialism and are likely to dissuade entrepreneurs concerned with the effectiveness of their project in combining the company’s long-term survival with public interest [34].

**2.3 Governance.** The question of governance in shareholder foundations is closely linked to the tax considerations discussed above. While a non-exempt shareholder foundation with an economic purpose is free to determine its ties with the company, this is not the case, as we saw above, for exempt foundations. This point is of particular relevance in the case of shareholder foundations with a mixed purpose. In general, governance issues will involve the skills and expertise which the board of trustees must attract, depending on the declared purpose, the organisation of the ties between the foundation and the company it holds, and the managerial distance between the two entities.

**2.4 Inheritance law.** Any initial endowment or subsequent contribution to a foundation implies a divestiture of the property assigned to the foundation, whether by gift *inter vivos* (Article 239 CO) or testamentary disposition within the meaning of Article 245 CO [35]. Under Swiss inheritance law, the testator’s freedom to endow the foundation is restricted to the disposable portion of the estate (Article 493(1) CC). Thus, the transfer of an interest in an undertaking to a foundation, whether by way of an *inter vivos* gift or a bequest, is subject to abatement if it prejudices the reserved portion (Articles 475 and 527 CC). Sometimes, the existence and the size of the reserved portions can discourage entrepreneurs from contemplating a shareholder foundation, insofar as their aggregate assets, independent of the undertaking, would not be sufficient to indemnify the heirs entitled to a reserved portion. The only way out of that situation would be to conclude an inheritance contract [*pacte successoral*], whereby the heirs would expressly renounce their rights. However, this is a complex process in some family circles. The draft revision of inheritance law provides for a reduction in the reserved portions, which could facilitate the creation of shareholder foundations in Switzerland [36].

### 3. COMPARATIVE PERSPECTIVE AND RELEVANCE OF THE MODEL

Shareholder foundations are common in Northern Europe where there are a number of constants: 1) absence of rules guaranteeing the rights of heirs; 2) favourable tax environment; and 3) country has a social framework which encourages philanthropic entrepreneurs to “give back”. There are nearly 1,000 “*Unternehmenstiftungen*” in Germany, 1,000 “*business foundations*” in Sweden and 1,350 “*commercial foundations*” in Denmark, where the companies owned by foundations account for 20% of the GDP [37]. Nevertheless, the ways in which they function and the issues involved vary widely depending on the country, but Switzerland can learn from them.

Thus, Danish legislation uses various criteria for qualifying shareholder foundations [38] and imposes specific supervision [39]. Danish shareholder foundations are subject to specific governance recommendations which prescribe rules on the composition of the respective boards, which allow for broader shareholder representation than under Swiss law [40]. Moreover, in Denmark, shareholder foundations will generally hold voting rights and a share of the dividend rights along with third-party investors (Novo Nordisk, A.P. Moller-Maersk and Carlsberg).

In Germany, on the other hand, shareholder foundations usually hold dividend rights in parallel with a fiduciary company which holds the voting rights (Robert Bosch Stiftung). In France, the PACTE (Action Plan for Business Growth and Transformation), passed in first reading in the National Assembly on 9 October 2018, raised a debate about the relevance of the concept and its embodiment in French law [41]. The development of and interest in this model, which addresses issues related to the new economy and the desire to combine philanthropic and economic aspirations, led to the first European study, carried out by Prophil in 2015 [42].

Foundation ownership is indeed a challenge to traditional theories about companies [43]. Some authors doubt whether a foundation is a suitable form for operating a company that

---

*“Switzerland offers several types of shareholder foundations, which could prove to be an effective instrument for perpetuating an entrepreneur’s vision, preventing hostile company takeovers, developing general principles on company policy.”*

needs dynamic decision-making [44]. Yet it is a stable and sustainable ownership model, in keeping with the new economic vision that we know today, generating value creation not only for the shareholders, but for all stakeholders, which has moved from short-term thinking to a long-term vision. Switzerland offers several types of shareholder foundations, which could prove to be an effective instrument for perpetu-



ating an entrepreneur's vision, preventing hostile company takeovers, developing general principles on company policy (staff welfare, job protection, dividend distribution, etc.) and guaranteeing a company's independence or editorial freedom in the media [45]. And above all, for creating a vir-

tuous model, linking family considerations with economic and philanthropic issues, in which the foundation will ensure the continuation of the company which in turn will contribute, through its dividends, to the development of philanthropic projects. ■

**Footnotes:** **1** This article has been prepared in connection with research we are conducting at the Geneva Centre for Philanthropy, University of Geneva ([www.unige.ch/philanthropie](http://www.unige.ch/philanthropie)). **2** Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status at 1 January 2018), RO 24 245 (hereafter "CC"). **3** Decision of the Swiss Federal Supreme Court of 18 May 2001 published in ATF 127 III 337 = SJ 2002 I 193. C. 2. a) "...ist massgeblich an einem wirtschaftlichen Unternehmen beteiligt". **4** Under the general term "Unternehmensstiftung", legal literature distinguishes two types of foundations: one which itself operates a commercial undertaking (Unternehmertrügerstiftung) and one which holds significant interests in other legal entities carrying on a commercial activity (Holdingstiftung). In this regard, see Arthur Meier-Hayoz and Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*, Bern (Stämpfli) 2015, p. 855 § 23 N 10. **5** For example, Loïc Pfister, *La fondation*, Zurich (Schulthess) 2017, p. 56 N. 187. **6** Prophyl, *Shareholder Foundations, the First European Study in consultation with Delsol attorneys and Essec Philanthropy Chair*, 2015. **7** Federal Tax Administration, "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, 1<sup>er</sup> al, let. i et art. 59, let. c LIFD)", Circular No. 12, 8 July 1994; see also Nicolas Urech, *Commentaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct*, (Helbing Lichtenhahn) 2008, p. 698 N. 61. **8** ATF 127 III 337 = SJ 2002 I 193 in which the Swiss Federal Supreme Court held that "Die Rechtsgeschäftsfreiheit allgemein und die Stiftungsfreiheit im Besonderen lassen eine Beschränkung auf ideale Zwecke nicht zu". The Swiss Federal Supreme Court held that the "holding foundation" structure chosen in this particular case by the founder in order to protect the company from family infighting and provide it with a unique focus so as to ensure its continued existence, could not be criticised. **9** "En fait, dans ce cas, la fondation devient sa propre destinataire, son but se confondant avec son patrimoine.", Parisima Vez, "Les sous-ensembles flous de la fondation" in *Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern (Stämpfli), 2013. See also Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar*, t. I/3/3, 3<sup>rd</sup> ed., Bern 1975 (reprint 1981), ST N. 392. **10** Parisima Vez, *La fondation, lacunes et droit désirable*, Bern (Stämpfli) 2004, p. 56; Harold Grüninger, *Die Unternehmensstiftung in der Schweiz: Zulässigkeit, Eignung, Besteuerung*, Basel (Helbing & Lichtenhahn), 1984, p. 46; Arthur Meier-Hayoz and Peter Forstmoser, *op. cit.*, cite the example of Willy A. Bachofen AG § 23 N 29 p. 859. **11** Florian Zihler, "Zulässigkeit von Holdingstiftungen aus der Sicht der Handelsregisterbehörden", *REPRAX* 2/2018, p. 69 ff, which considers that the purpose of a shareholder foundation can be mixed, which is the most frequent case, or economic. **12** Roger Schmid, *Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht, im Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich*, Zurich (Schulthess) 1997, p. 18 ff. See the example of "Elisabeth und Leo Henzirohs-Studer-Stiftung", owner of "Jura Henzirohs Holding SA". **13** For definition in company law, see Henry Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Basel (Helbing & Lichtenhahn), 1990, p. 35 ff. **14** Roger Schmid, "Die

Unternehmensstiftung im geltenden Recht" in *Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich*, Zurich (Schulthess) 1997, p. 18 ff. **15** Parisima Vez, *La fondation: lacunes et droit désirable*, Bern (Stämpfli) 2004, p. 56. **16** For a shareholding giving the right to at least 20% of the voting rights, see Roger Schmid, "Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht" in *Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich*, Zurich (Schulthess) 1997 p. 18 ff. **17** See, for example, the Purpose Foundation (Basel), which defends the concept of "steward owned companies", founded on two principles – a company's profits are a means and not an end, and the ownership of a company is that of the stakeholders. <https://purpose-economy.org/en/>. **18** Center for Philanthropy Studies, University of Basel (CEPS), *SwissFoundations, Center for Foundation Law*, University of Zurich, *Swiss Foundation Report* 2018, Vol. 19, p. 6. **19** Federal Act on Data Protection (FADP) of 19 June 1992. **20** Roger Schmid, "Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht" in *Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich*, Zurich (Schulthess) 1997, p. 18 ff. **21** Although their number is difficult to estimate, there is reason to think that it has increased, particularly in light of current interest in hybrid entities and the number of Swiss family businesses concerned by intergenerational transmission issues. **22** Article 963(4) CO. **23** Article 963a(1) CO. **24** Article 963a(2)(4) CO. **25** Loïc Pfister, *La fondation*, Zurich (Schulthess) 2017, p. 207 N 802. **26** The supervisory authorities' regulations usually state that they are invested with "the most extensive powers" [(Article 3(1) of the Règlement sur la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 29 mars 2012 – RSFIP-Surv (ASFIP Geneva)] or are entitled to request "in addition to the documents that must be sent to it, (...) other information, reports and documents" [(Article 18 of the Règlement sur la surveillance LPP et des fondations, RLPPF of 12 May 2017 (Autorité de surveillance AS-SO)]. **27** Parisima Vez, *La fondation: lacunes et droit désirable*, Bern (Stämpfli) 2004, p. 205. **28** Dominique Jakob, "Bref diagnostic du cas autorité de surveillance" in *Swiss Foundation Report* 2018, Center for Philanthropy Studies of the University of Basel (CEPS), *SwissFoundations, Center for Foundation Law*, University of Zurich, Vol. 19, p. 21. **29** Dominique Jakob, "Bref diagnostic du cas autorité de surveillance" in *Swiss Foundation Report* 2018, Center for Philanthropy Studies of the University of Basel (CEPS), *SwissFoundations, Center for Foundation Law*, University of Zurich, Vol. 19, p. 21. **30** In this regard, see obiter dictum of the Swiss Federal Supreme Court in the case law published in ATF 127 III 337 2. c. **31** Federal Act on Direct Federal Tax (Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct) of 14 December 1990 (LIFID) RS 642.11. The same applies for exemption from cantonal corporate income tax and capital tax, e.g. for Geneva Canton, Article 9(1)(f) of the Corporate Tax Act (Loi sur l'imposition des personnes morales) of 23 September 1994, D 3 15 (LIPM). **32** Federal Act on Harmonisation of Direct Cantonal and Municipal Taxes (Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes) of 14 December 1990, RS 642.14. **33** Federal Tax Administration, Circular No. 12, "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, 1<sup>er</sup> al, let. i et art. 59, let. c LIFD)", 8 July 1994, II 3. c), p. 4. **34** In practice, an intermediary holding company is often formed to exercise control over the management of the company, whereas the foundation, funded by dividend payments from the holding company, focuses on the foundation's philanthropic activity. **35** Whether it is by designating the foundation as the heir (Art. 483 CC), bequeathing a legacy to the foundation (Art. 484 CC), a charge imposed on an heir or legatee (Art. 482 CC), or an inheritance contract (Art. 468 CC). Under Art. 493 CC, assets of an estate can also be bequeathed to a future foundation (inheritance foundation) on the basis of the testamentary document (will or inheritance contract). **36** See 3 below "Comparative perspective and relevance of the model". It can be seen that the countries in which shareholder foundations are common do not have this mechanism for protecting heirs. **37** Prophyl, *Shareholder Foundations, the First European Study, in consultation with Delsol attorneys and Essec Philanthropy Chair*, 2015. **38** In Denmark, a foundation will be classified as "commercial" once 10% of its total income is derived from dividends from its subsidiaries. **39** The entity responsible for supervision is the Danish Business Authority under the Ministry of Business and Economy. **40** See recommendations 2.3.5 and 2.4.1, in accordance with the "comply or explain" principle, on the composition of the respective boards, "Recommendations on Foundation Governance", December 2014. <https://godfondsledelse.dk/sites/default/files/recommendationonfoundationgovernance.pdf>. **41** In addition to the shareholder public-interest foundations (fondation reconnue d'utilité publique [FRUP]) and shareholder endowment funds (fonds de dotation actionnaire), the National Assembly adopted the amendment of the PACTE Act creating a fund for economic sustainability (fonds de pérennité économique), which is a hybrid model inspired by Nordic shareholder foundations, whose intended purpose is to reconcile economic objectives and actions in the general interest. It should be noted that at the time of writing this article, the bill had not yet been passed into law. *Assemblée nationale, Amendement no. 2426*, 14 September 2018, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/amendements/1088/CSPACTE/2426.asp>. **42** Prophyl, *Shareholder Foundations, the First European Study, in consultation with Delsol attorneys and Essec Philanthropy Chair*, 2015. **43** In this regard, see the article by Henry Peter, Vincent Pfammatter, Delphine Bottge and Livia Ventura "Profit and Non-Profit Purposes: Can Legal Entities Serve Two Masters at Once?", published in this same issue of *Expert Focus*. **44** Arthur Meier-Hayoz and Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*, Bern (Stämpfli) 2015, p. 855 § 23 N 12. **45** We can also question the fragile limits between economic and general interest purpose, and the difficulties in qualifying each case. Examples include the Carl Oechslin Stiftung for the newspaper Schaffhauser Nachrichten, and the Stiftung Presseverein und Walliser Bote, whose objective is to promote the press of the Haut-Valais region and, as owner of "Walliser Bote", is responsible for publishing this newspaper.



# LA MODIFICATION DU BUT D'UNE FONDATION

## Ancrage légal, pratique et droit désirable

**Cette contribution présente les options pour modifier le but d'une fondation. Elle signale la pratique et la procédure tout en relevant certaines incohérences. Elle se prononce enfin sur quelques réformes souhaitées.**

### 1. INTRODUCTION

Une fondation se caractérise essentiellement par son but. Une fois fixé, le fondateur ne peut plus le modifier librement. Il en va de même des organes de la fondation, lesquels sont simplement chargés d'exécuter ce but. Plusieurs dispositions légales offrent néanmoins des possibilités de le changer.

Le sujet abordé est large. Nous relevons ici quelques aspects choisis. Nous limitons notre contribution aux fondations dites classiques, à l'exclusion des fondations de prévoyance, des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques. Par simplification, nous parlons de conseil de fondation pour désigner l'organe suprême de la fondation.

### 2. BASES LÉGALES

**2.1 Modifications essentielles.** Conformément à l'art. 86 CC, le but peut être modifié lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Une modification dite essentielle au sens de cette disposition implique le cumul de deux conditions, l'une objective et l'autre subjective.

Objectivement, les circonstances ont changé. Cela peut être dû tant à des événements externes (p. ex. l'évolution de la science) que propres à la fondation (p. ex. l'augmentation significative de ses biens). Le texte légal allemand rend l'intensité de la variation nécessaire à la modification («*eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung*»); une simple variation de la pertinence ou de l'opportunité du but ne suffirait pas à satisfaire cette condition [1].

Subjectivement, le changement est tel que la fondation a cessé de répondre aux intentions du fondateur. Si le fondateur est décédé, rechercher son intention initiale sera un

exercice délicat. D'une part, et sous réserve de cas spécifiques, l'expression du but par le fondateur étant un acte juridique unilatéral général (sans destinataires en particulier), les règles ordinaires d'interprétation, soit en particulier ce qu'un destinataire de l'acte aurait pu comprendre, ne sont pas déterminantes. D'autre part, il est difficile d'apporter la preuve de la volonté supposée du fondateur, par hypothèse différente de celle exprimée dans l'acte de fondation.

Les cas relevant de l'art. 86 CC sont parfois réduits, à notre avis sans raison, à des situations d'impossibilité, nullité ou contrariété aux mœurs (subséquente) du but [2]. D'une part, et même si elles tombent matériellement sous le coup de l'art. 86 CC, ces situations relèvent avant tout de l'art. 88 CC (voir ci-dessous ch. 2.4). D'autre part, une telle limitation impliquerait que la réalisation de la condition objective serait seule pertinente, ce qui n'est manifestement pas conforme au texte de l'art. 86 CC. En définitive, si la modification du but doit demeurer exceptionnelle et être prononcée avec grande retenue, la pratique doit néanmoins veiller à ne pas restreindre l'application de l'art. 86 CC à des cas d'impossibilité, de nullité ou de contrariété aux mœurs; un terrain d'application directe de cette disposition demeure.

**2.2 Modifications accessoires.** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le législateur a prévu que des modifications accessoires peuvent être apportées à l'acte de fondation lorsque celles-ci sont commandées par des motifs objectivement justifiés et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers (art. 86 b CC).

Cette disposition s'applique également aux éléments du but qui peuvent être considérés, tant du point de vue objectif que subjectif, comme étant accessoires. Il en ira par exemple ainsi d'une modification anodine du cercle des bénéficiaires ou d'un toilettage de termes désuets [3].

Par motifs objectivement justifiés, on entend les circonstances qui nécessitent raisonnablement une modification sans laquelle l'organisation et/ou l'exploitation de la fondation serait inutilement rendue plus compliquée [4]. Ce critère objectif est d'intensité largement inférieure à celui de l'art. 86 CC.

**2.3 «Réserve de modification».** Une nouvelle possibilité de modifier le but a été introduite le 1<sup>er</sup> janvier 2006 dans la loi (art. 86 a CC) [5]. Selon cette disposition, le fondateur, ou les



LOÏC PFISTER,  
AVOCAT ET DOCTEUR EN  
DROIT, ASSOCIÉ,  
LPPV AVOCATS, LAUSANNE

fondateurs conjointement, ont un véritable droit [6] de modifier le but de la fondation qu'ils ont constitué lorsque 10 ans au moins se sont écoulés depuis sa constitution. Ce droit est intransmissible.

Si le fondateur est une personne morale, le droit s'éteint après 20 ans [7]. En cas de fusion ou de transformation, la personne morale issue de l'opération devrait pouvoir requérir la

*«Conformément à l'art. 86 CC, le but peut être modifié lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur.»*

modification [8]. S'agissant des personnes morales, il conviendra d'être attentif aux situations d'abus. On peut notamment penser au cas où une fondation constitue une nouvelle fondation de manière à en modifier le but après 10 ans ou à en perpétuer la possibilité au-delà des 20 ans prévus à l'art. 86 a al. 3 CC [9].

Malgré la systématique légale, le fondateur peut à notre avis modifier des éléments qui ne sont pas forcément essentiels (art. 86 CC) et qui relèveront plutôt d'une modification accessoire (art. 86 b CC) [10]. À défaut, le fondateur serait soumis à une incertitude quant au caractère essentiel ou non de la modification. Ce serait contraire à l'esprit de la disposition, lequel est d'accorder au fondateur un véritable droit.

Bien que le droit du fondateur soit limité à la modification du but, un tel acte pourra requérir une modification de l'organisation [11].

L'art. 86 a CC soulève plusieurs inconnues qui mériteraient d'être précisées (voir ci-dessous ch. 4). Il convient de relever qu'indépendamment de cet article, le fondateur peut réserver le droit de modifier le but dans un sens défini lorsque des conditions matérielles se réalisent [12].

**2.4 But illicite, impossible ou contraire aux mœurs.** Si le but est devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs, la jurisprudence considère que les mesures permettant la poursuite des activités de la fondation, notamment le changement du but, doivent être prioritairement prises avant de procéder à sa dissolution comme l'exigerait l'art. 88 al. 1 CC [13]. En effet, si le but peut être modifié lorsque son caractère ou sa portée a varié au point de ne plus correspondre aux intentions du fondateur (art. 86 CC), il doit pouvoir l'être d'autant plus s'il est devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs. Ici, et contrairement à l'art. 86 CC, seul l'existence d'un élément objectif sera déterminant, peu importe les intentions initiales du fondateur.

En cas d'illicéité, d'impossibilité ou de contrariété aux mœurs partielle du but, seuls les éléments du but touchés devront être modifiés ou supprimés.

**2.5 Formulation du nouveau but.** Si les conditions pour une modification essentielle ou accessoire du but sont rem-

plies, il peut être changé. Il devrait même l'être en cas d'impossibilité, d'illicéité ou de contrariété aux mœurs. Parfois, le fondateur a anticipé la situation en précisant déjà dans l'acte de fondation le nouveau but. En pratique, de telles indications feront généralement défaut. Selon la doctrine actuelle, le nouveau but devra respecter l'idée générale émise par le fondateur et ne pas léser les droits de tiers [14]. Il ne doit toutefois pas être le plus proche possible du but initial [15].

Dans le cadre de la réserve de modification par le fondateur, l'art. 86 a al. 2 CC requiert qu'un but d'utilité publique ou de service public au sens de l'art. 56 let. g LIFD le demeure après la modification [16] (s'agissant d'un but culturel, voir ci-dessous ch. 4). Dans cette limite, le fondateur est libre de reformuler le but. Cela pourrait donner lieu à des cas d'abus, par exemple en cas de renonciation ou de perte provoquée de l'exonération de manière à pouvoir modifier librement le but et rétrocéder les biens au fondateur [17].

### 3. PRATIQUE ET PROCÉDURE

**3.1 Éléments essentiels ou accessoires en pratique.** La distinction entre éléments essentiels ou accessoires du but se révèle souvent difficile. Elle dépendra beaucoup de la pratique des autorités de surveillance. Cette appréciation pourra diverger selon l'autorité de surveillance compétente. Ainsi, dans des circonstances équivalentes, la portée géographique du but sera considérée comme une modification accessoire par certaines autorités alors que d'autres la considéreront essentielle [18].

Pour être cohérent, les conditions restrictives de modification des éléments essentiels du but devront à notre avis se retrouver dans la définition même de ce que sont de tels éléments. Il conviendra ainsi de les définir de manière étroite. Par exemple, si le but comprend des éléments de moyens ou les motivations philosophiques ou encore religieuses qui le sous-tendent, ces éléments devront en principe être considérés comme accessoires et pourront faire l'objet d'une modifi-

*«Pour être cohérent, les conditions restrictives de modification des éléments essentiels du but devront à notre avis se retrouver dans la définition même de ce que sont de tels éléments.»*

cation à des conditions allégées. Ils devraient d'ailleurs plutôt trouver leur place dans un préambule.

En définitive, un fondateur devra soigneusement réfléchir en amont de la constitution à la formulation du but et aux éléments à y intégrer. Un but trop limité restreindra la possibilité de la fondation de s'adapter à son contexte changeant, tandis qu'un but trop large pourra poser des difficultés, par exemple, en matière de reconnaissance – en Suisse ou à l'étranger – d'un statut d'utilité publique.

**3.2 La procédure de modification.** Un arrêt récent rappelle que la compétence de décider d'une modification du but

appartient à l'autorité [19]. Les art. 86 et 86 a CC confèrent la compétence de décider de la modification à une autorité qui peut être distincte de l'autorité de surveillance, alors que l'art. 86 b CC confère la compétence décisionnelle à l'auto-

*«La disposition de l'art. 86 a CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, découle d'une volonté déclarée de flexibiliser le droit des fondations dites classiques.»*

rité de surveillance elle-même. Dans la plupart des cantons ainsi qu'au niveau fédéral, l'autorité compétente des art. 86 et 86 a CC est l'autorité de surveillance. La forme authentique n'est requise à aucun stade [20].

En cas de modification essentielle du but, le conseil de fondation peut requérir une décision. S'il ne sollicite pas lui-même la modification, et bien que l'art. 86 CC ne le prévoit plus expressément depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, il devra être entendu [21]. Lors d'une modification accessoire, le conseil de fondation est à tout le moins entendu. En pratique, il sera souvent lui-même l'initiateur de la démarche visant à la modification [22]. Lors d'une modification du but par le fondateur conformément à l'art. 86 a CC, il est à relever que le conseil de fondation n'a aucun droit à être entendu. Des complications peuvent en découler. D'aucuns recommandent que le fondateur prenne contact avec le conseil de fondation, ce qui semble dans la plupart des cas relever d'une bonne pratique.

Il paraît opportun que l'autorité entende également des personnes autres que le conseil de fondation dans le cadre d'une modification du but au sens des art. 86 et 86 b CC. Il pourra s'agir de tiers intéressés: le fondateur, ses successeurs, des bénéficiaires, etc. [23]. Lorsque ces personnes sont en outre touchées par la décision, elles pourront avoir la qualité de partie à la procédure.

Dans la mesure où le pouvoir décisionnel est réservé à l'autorité de surveillance, toute personne devrait à notre avis, par le biais d'une dénonciation, pouvoir déclencher une procédure en modification du but par l'autorité de surveillance conformément aux art. 86 et 86 b CC; il pourra s'agir d'un membre du conseil de fondation, du fondateur, d'un bénéficiaire ou même d'un tiers [24]. Conformément à ce qui précède, l'autorité devra néanmoins garantir le droit d'être entendu de la fondation. Elle devra également respecter les principes généraux régissant son activité de surveillance, soit en particulier les principes de proportionnalité et de subsidiarité ainsi que respecter l'autonomie de la fondation.

Si l'autorité de surveillance est saisie par le biais d'une dénonciation, elle est en principe libre de n'y donner aucune suite. En revanche, l'autorité devra nécessairement prendre une décision – négative ou positive – en cas de requête déposée par le conseil de fondation (ou par le fondateur dans le cadre de l'art. 86 a CC). Toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou

ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, aura qualité pour former recours contre cette décision [25].

La modification du but peut exiger la modification de l'organisation. Elle sera décidée par l'autorité compétente, à l'initiative de l'autorité de surveillance ou du conseil de fondation (art. 85 CC).

Si l'autorité de surveillance est saisie tant d'une modification du but par le fondateur (au sens de l'art. 86 a CC) que d'une sollicitation de modification par le conseil de fondation ou même d'un tiers (selon les art. 86 ou 86 b CC), le droit du fondateur devrait primer.

#### 4. DROIT DÉSIRABLE SUR LA «RÉSERVE DE MODIFICATION» (ART. 86 A CC)

La disposition de l'art. 86 a CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, découle d'une volonté déclarée de flexibiliser le droit des fondations dites classiques [26]. De manière générale, elle procède à un arbitrage simple et pragmatique des différents intérêts en présence. La fixation d'un délai avant que le but ne puisse être modifié paraît notamment se justifier; il permet de «garantir une certaine pérennité de la fondation et éviter que les activités de la fondation ne soient bloquées en raison de changements fréquents de but». [27]

Certains points mériteraient néanmoins d'être clarifiés. Comme indiqué plus haut (voir ci-dessus ch. 2.3), il ne se justifierait à notre avis pas de limiter le droit du fondateur à la faculté de procéder à des modifications essentielles. En outre, il paraîtrait utile que son droit s'étende à la modification de l'organisation [28]. Il s'agit là d'un des éléments à retenir de l'initiative *Luginbühl* du 9 décembre 2014, dont la mise en œuvre devrait être discutée prochainement par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats [29]. Si le fondateur modifie significativement le but, il doit en effet être en mesure de modifier l'organisation en conséquence. De plus, à l'expérience de la pratique, le fondateur peut s'être rendu compte de certaines «erreurs de jeunesse» dans l'orga-

*«En cas d'illicéité, d'impossibilité ou de contrariété aux mœurs partielle du but, seuls les éléments du but touchés devront être modifiés ou supprimés.»*

nisation. La mise en route des activités d'une fondation ne requiert d'ailleurs pas la même organisation que leur consolidation, par hypothèse 10 ans après. À l'instar de tous les acteurs, secteurs privé et public confondus, les fondations sont toujours plus soumises à des exigences d'efficacité. Dans un souci d'augmenter les moyens à disposition pour améliorer cette efficacité, une possibilité supplémentaire de réorganisation paraît souhaitable.

S'agissant de l'art. 86 a al. 2 CC, nous notons qu'il est silencieux à propos des fondations bénéficiant d'une exonération

# Soyez sûr d'être à jour en droit fiscal!

25% de remise pour les membres de 



## Droit fiscal 2019

LIFD, LHID, LIA, LT, LTVA, MC-OCDE, Lois VD et GE avec ordonnances, circulaires, notices, lettres-circulaires et diverses pages pratiques. Recueil de textes avec renvois, index et remarques.

**Pascal Hinny**  
**Jean-Blaise Eckert (éds)**

janvier 2019

### PrintPlus

2930 pages, relié  
978-3-7255-7950-1  
**96.00 CHF** au lieu de  
128.00 CHF

*Droit fiscal 2019* est le recueil de lois et de textes de droit fiscal le plus complet de Suisse. Cet ouvrage est spécialement conçu pour répondre aux besoins quotidiens des praticiens. Il comprend en effet toutes les lois et ordonnances fiscales fédérales, les 100 directives administratives les plus importantes ainsi que les lois fiscales principales des cantons de Vaud et de Genève. Du point de vue de la fiscalité internationale, *Droit fiscal 2019* contient la Convention-Modèle de l'OCDE, des informations complémentaires sur l'échange de renseignements, les textes relatifs à la fiscalité de l'épargne ainsi qu'à l'abus des conventions fiscales. Afin de répondre au mieux aux besoins des praticiens, *Droit fiscal 2019* comprend plus d'une centaine de pages de services qui

renseignent sur les taux d'imposition prévus par les cantons en matière d'impôt sur le revenu, la fortune, le bénéfice, le capital, les successions, les donations, les gains immobiliers ou encore sur les droits de mutation, et illustrent, au moyen de tableaux, des faisceaux réglementaires complexes tels que les limitations conventionnelles issues des traités internationaux contre la double imposition. Figurent également dans les pages de services d'autres informations relatives à certaines pratiques cantonales, notamment en matière d'imposition d'après la dépense, d'impôt à la source pour artistes, sportifs et conférenciers, etc. **PrintPlus**: Vous recevez l'ouvrage sous format papier et ebook, à consulter sur votre PC, Mac ou tablette.

Merci de commander comme suit votre exemplaire à [shop@expertsuisse.ch](mailto:shop@expertsuisse.ch) pour bénéficier du rabais:

**Objet:** Commande Droit fiscal 2019

**Texte:** Nom, prénom, no de membre EXPERTSuisse, lieux d'expédition et de facturation, quantité.



en raison d'un but culturel au sens de l'art. 56 let. h LIFD. Or les raisons ayant amené le législateur à limiter le droit de modification du but des fondations poursuivant des buts d'utili-

vue de l'évolution légale et des conceptions générales, il devrait également être autorisé à certaines conditions [31].

*«Il est avantageux, tant pour la réputation de la place philanthropique suisse que pour la légitimité des avantages fiscaux octroyés, qu'une fondation exonérée demeure pertinente dans son but, efficace dans sa poursuite.»*

lité publique ou de service public sont également applicables aux fondations poursuivant un but culturel. Il convient en effet également de garantir aux personnes qui ont fait des dons à une fondation en vertu de son but culturel que leur don soit utilisé dans un tel but, même s'il ne devait plus s'agir du but primitif. En outre, le fondateur pourrait également abuser de son droit de modifier un but culturel; ce droit se transformerait alors en une possibilité de se faire rétrocéder les biens dévolus à la fondation [30].

Il convient à nos yeux enfin de prévoir la possibilité pour un fondateur de transformer un but culturel en un but d'utilité publique ou de service public. L'inverse pose des difficultés, notamment en lien avec la déductibilité des dons; au

## 5. CONCLUSION

Le cadre légal applicable à la modification du but est restrictif et exigeant. Il n'en demeure pas moins crucial. Il pose au fond la question de ce qui donne véritablement sens à l'action des fondations: est-ce la volonté initiale du fondateur ou le besoin bien compris des bénéficiaires actuels? Une tension peut exister. Cette tension s'accroît lorsqu'une fondation bénéficie d'une exonération fiscale. On ne perdra pas de vue qu'il est avantageux, tant pour la réputation de la place philanthropique suisse que pour la légitimité des avantages fiscaux octroyés, qu'une fondation exonérée demeure pertinente dans son but, efficace dans sa poursuite. Et parfois, amorcer l'acte exigeant du changement signifie mieux respecter l'esprit du fondateur. On s'inspire à cet égard des mots attribués à *Gustav Mahler* selon lesquels «la tradition ne

*«Et parfois, amorcer l'acte exigeant du changement signifie mieux respecter l'esprit du fondateur.»*

signifie pas vénérer les cendres mais nourrir la flamme».

«Ce que vous appelez tradition n'est rien d'autre que votre négligence». [32]

**Notes:** **1)** Voir Hans Michael Riemer, Berner Kommentar I/3/3, Berne 1981, Die Stiftung – Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–98<sup>bis</sup> ZGB, art. 85/86 CC N 7. **2)** Les exemples donnés par la littérature paraissent souvent relever de cas d'impossibilité subséquente du but: une fondation dont le but (obsolète) est d'introduire le droit de vote des femmes, de mettre fin à la peine de mort en Suisse ou de financer la formation primaire. **3)** Parisima Vez, Commentaire Romand (2010), Code Civil I, art. 86 b CC N 7. **4)** Pascal Mantavon, Abrégé de droit civil, Art. 1<sup>er</sup> à 640 CC/LPart, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2013, p. 191. **5)** Pour une analyse critique de cet article: Hans Michael Riemer, Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89<sup>bis</sup> ZGB), Berne 2012, art. 86 a CC N 7. Sur cet article également: Georg von Schnurbein/Jonas Kipfer-Berger, Die Zweckänderung bei Stiftungen nach Art. 86 a ZGB, successio 2017, pp. 177 ss; Fabia Spiess/Francesca Maimone, Attaktiveres Stiftungsrecht durch den Zweckänderungsvorbehalt, Expert Focus 10/2017, pp. 721 ss. Selon la pratique, cette disposition ne s'applique qu'aux fondations nouvellement créées. Voir von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 182 s. **6)** Harold Grüninger, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 5<sup>ème</sup> édition, Bâle 2014,

art. 86 a CC N 8; Riemer, Handkommentar, art. 86 a CC N 2; Vez, art. 86 a CC N 14. L'arrêt GE.2015.0227 du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 30 mai 2016, est un exemple de litige sur la qualité essentielle ou accessoire d'une modification du but. **7)** Sur le dies a quo de ces délais de 10 et 20 ans: von Schnurbein/Kipfer-Berger, p. 182. **8)** Loïc Pfister, La fondation, Zurich 2017, N 664. **9)** Préconisant une interdiction pure et simple de réserve de modification lorsque la fondatrice est une personne morale: Vez, art. 86 a CC N 18. Et à tout le moins en cas de fusion: Riemer, Handkommentar, art. 86 a CC N 8. **10)** Du même avis: Riemer, Handkommentar, art. 86 a CC N 3. **11)** Pfister, N 669. **12)** Riemer, Berner Kommentar, art. 85/86 CC N 88; Vez, art. 86 a CC N 2. **13)** ATF 133 III 167, c. 4.1. **14)** Riemer, Handkommentar, art. 86 CC N 15. **15)** Vez, art. 85/86 CC N 23. **16)** Voir les critiques à ce sujet mentionnées par von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 184 s. **17)** Voir Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 23 octobre 2003, FF 2003 7425, p. 7441. **18)** S'agissant de la portée géographique, voir l'arrêt GE.2015.0227 cité à la note 6. **19)** En rapport avec la modification de l'organisation (art. 85 CC): arrêt du Tribunal fédéral 5A\_856/2016, 5A\_865/2016 du

13 juin 2018, c. 3.4 (en partie publié aux ATF 144 III 264). **20)** Riemer, Berner Kommentar, art. 85/86 CC N 34. **21)** Grüninger, art. 85/86 CC N 11. **22)** Voir en rapport avec la modification de l'organisation (art. 85 CC): arrêt du Tribunal fédéral 5A\_856/2016, 5A\_865/2016 du 13 juin 2018, c. 3.4. **23)** Voir Thomas Sprecher/Ulysses von Salis, Die schweizerische Stiftung – Ein Leitfadens, Zurich 1999, Frage 224. Sur l'intervention en procédure d'action ou de recours tant au niveau fédéral que cantonal: Benoît Bovay, Procédure administrative, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2015, pp. 195 ss. **24)** Voir Riemer, Handkommentar, art. 85 CC N 8, par renvoi de l'art. 86 CC N 7. **25)** Voir Riemer, Handkommentar, art. 85 CC N 9. **26)** FF 2003 7425, p. 7430. **27)** FF 2003 7425, p. 7441. Voir les arguments de von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 188 s. **28)** Du même avis: von Schnurbein/Kipfer-Berger, p. 191. **29)** Initiative parlementaire de M. Werner Luginbühl du 9 décembre 2014, mesure proposée no. 3, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20140470> (dernière consultation le 4 décembre 2018). **30)** Voir FF 2003 7441. **31)** Pfister, N 667. **32)** Andy Sommer, Gustav Mahler – autopsie d'un génie, documentaire, France 2011.

# THE ARTIST AS PHILANTHROPIST: THE COMPLEX ROLE OF ARTISTS' FOUNDATIONS

## Main motivations and issues of establishing such foundations all in managing an artist's estate

**Artists and their heirs increasingly dedicate time and resources to establish institutional structures that manage their legacy and estate. Those who decide to do so by means of a philanthropic foundation must navigate through the constraints and challenges of operating a foundation of public benefit, as well as the peculiarities of the art market.**

### 1. INTRODUCTION

Artists' foundations are an important phenomenon not only because of the assets and rights they hold but also because of their place in the art market. Generally, artists' foundations hold financial assets, works of art and other collectibles, copyrights and real estate. For example, in 2012, the *Andy Warhol Foundation* put several thousand of its works on sale in the hope of receiving US\$ 100 million to finance grants to non-profit museums and institutions.

The US-based *Aspen Institute*, a non-profit think tank and worldwide pioneer in research on non-profit artists' foundations, has studied the phenomenon of artists' foundations in the United States and found a significant increase in their number since 2005, especially those with assets exceeding US\$ 50 million [1]. Most of them are posthumously created, as is the case for 63% of the foundations established between 2001 and 2010 [2]. No such detailed study exists for artists' foundations in Switzerland, despite the fact that many Swiss and foreign artists and their heirs have chosen to set up a foundation in this country, such as Alberto Giacometti, Paul Klee, Jean Tinguely and Niki de Saint Phalle, Zao Wou-Ki, Félix Vallotton, Max Bill and Cuno Amiet.

Whereas certain artists and their heirs undoubtedly choose to pursue a philanthropic goal and put their art in the service of a given cause, others have no philanthropic interest whatsoever. Further estates may have some charitable intentions

without having a philanthropic vision and a desire to set up an institutional framework that makes it possible to take a long-term view, or a clear desire to help others.

This article aims to shed light on the complexity of the activity of an artist's foundation, taking into account in particular the delicate balance it must strike between the artist's own interests and its philanthropic objectives in order to qualify as a charitable institution. It analyses the main motivations, advantages and issues of establishing such foundations in light of the peculiarities of managing an artist's estate.

### 2. MAIN MOTIVATIONS FOR THE ESTABLISHMENT OF ARTISTS' FOUNDATIONS

While artists may be far more likely to be on the receiving end of philanthropic initiatives, a very large number of wealthy artists are currently active, probably more than ever [3]. In fact, the growing art market is influencing the rise of the artist-endowed foundation field, since "more artists have generated personal wealth through their studio practice" [4]. Therefore, they have the means to establish and finance organisations to protect their work. In fact, the creation of a foundation is only wise for estates that have sufficient means to finance a legal structure, especially its administrative and operational costs [5]. A main *motivation* for the creation of such foundations is that many artists such as Andy Warhol or Robert Mapplethorpe have no descendants and there are, therefore, no heirs to manage the deceased artist's copyright or art collection [6]. Moreover, artists may seek to further shape their legacy and work *post mortem* through a determined framework anchored in legal structures, and thereby to restrict their heirs' scope of action [7]. The legal structure allows the creation and maintenance of a certain agenda regarding the management of the artist's legacy. It unintentionally also prevents an art collection and an artist's assets from being divided up between multiple heirs. Another major advantage to setting up a foundation is tax-based, provided



ANNE LAURE BANDLE,  
PHD IN LAW, ATTORNEY-AT-LAW,  
BOREL & BARBEY,  
GENEVA,  
ACADEMIC FELLOW AT THE  
GENEVA CENTRE FOR  
PHILANTHROPY,  
ANNELAURE.BANDLE@  
BOREL-BARBEY.CH

the foundation benefits from tax-exempt status, thereby allowing it to devote more funds to its operations. Tax-exempt artists' foundations pursue charitable goals, which means that the artist or his or her heirs wish the foundation to engage in activities of public utility. At their core, most artists' foundations seek to preserve the artistic legacy, maintain its significance and, at best, to enhance it – goals that generally qualify as charitable [8].

The *activities* of artists' foundations are multiple. Primarily, most foundations are devoted to the management and conservation of the artist's work and to the documentation and publicisation of his or her life and work. Such an activity is very consuming in terms of time and money. Some foundations have therefore turned to museums for help, especially to host the art, and to galleries for the estate's management [9].

For example, the *Musée Jenisch* in Vevey has a permanent exhibition space dedicated to the *Oskar Kokoschka Foundation*, which the artist's widow established in 1988. The Foundation holds more than 2,300 works by the artist, including paintings, drawings, watercolours and prints. As another example, the foundation of the renowned Swiss photographer René Burri was set up at the *Musée de l'Elysée* in Lausanne by the artist and his family together with the museum director who, according to the Foundation's articles of association, must permanently remain a board member.

Occasionally, artists themselves decide to transfer the property and copyright to their works to a museum with the duty to preserve and enhance the collection and to properly manage the artists' rights, as René Burri and Sabine Weiss did with the *Musée de l'Elysée*.

### 3. PHILANTHROPIC PURPOSES

Many wealthy artists' foundations pursue broader goals, which go beyond caring for the artist's legacy. The *Aspen Institute* has divided philanthropic artist-endowed foundations according to four main functions: (1) grantmaking foundations, (2) direct charitable activity foundations, (3) estate distribution foundations and (4) comprehensive foundations, combining multiple functions [10].

In Switzerland, these functions are reflected in the foundations' goals according to their articles of association. Only very few artists' foundations in Switzerland expressly stipulate *grantmaking* as a foundation goal. For example, the *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature* created by the writer's widow "aims to help young writers by creating literary prizes and granting scholarships and financial assistance to writers whom it has designated and distinguished for their particularly outstanding writings" [11]. As another example, the *Fondation Théodore Strawinsky* awards "an annual fine arts prize in Switzerland to a young artist who has distinguished himself in the field of pictorial expression or any other related artistic field" [12]. Other foundations may occasionally make grants to promising artists without specifically mentioning it as part of their broader goal of supporting the arts.

An artist's foundation's typical *direct charitable activities* would be to administer and finance a study and research centre, a museum (in the artist's house), artists' residency pro-

grams or other artistic or scientific programs. Such study centre and exhibition foundations fulfil their charitable purpose "by directly conducting activities that make their art collections, archives, and other art-related assets available as scholarly, cultural, and educational resources" [13]. The *Paul Sacher Stiftung*, founded by the Swiss composer and patron of the same name, has a research centre, which facilitates scholarly research by its own staff and visitors. It also commissions third-party experts for the execution of research and publications on classical music and composers.

Other foundations have dedicated their activity to artists' residency programmes, such as the *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature* for writers or the *Stiftung Dürrenmatt-Mansarde* for young talents in the cultural sector. The latter foundation also maintains the place where Swiss author Friedrich Dürrenmatt spent his years of study.

Finally, several museums and exhibition spaces have been set up thanks to artists' foundations. The *Espace Jean Tinguely Foundation – Niki de Saint Phalle*, created and maintained by a foundation of the same name, is located in the *Art and History Museum Fribourg* and exhibits the couple's works and related works by other artists. The *Stiftung Willy Michel* supports the *Museum Franz Gertsch* located in the Emmental in the Canton of Berne with donations and works of art (on loan or donated). Other foundations are so called «museum foundations», such as the *Zentrum Paul Klee – Maurice E. and Martha Müller Foundation* in Berne, and are specifically dedicated to operating a museum hosting the artist's works. Such foundations may «generate revenue from admissions, membership programs, and museum shop sales to the public, and in some cases also raise funds from individual donors and other private foundations» [14].

*Estate distribution* foundations have the limited and posthumous function of distributing the assets that they hold to other charitable cultural or artistic organisations, such as a museum, that will use the art assets as educational and cultural resources. In some cases, they may also sell their art to such organisations as partial grants or gift purchases, or to private collectors, with proceeds supporting costs to administer the foundation and its charitable activities [15].

This kind of foundation is rather rare. Most foundations are intended to exist in perpetuity, whereas estate distribution foundations terminate once their distribution task is accomplished [16]. Artists' foundations may make occasional gifts to a museum to ensure that the artist's work is part of the museum's permanent collection, which directly contributes to the artist's artistic merit.

Finally, artists' foundations may have *multiple* functions, combining aspects discussed above while pursuing a central predominant goal.

### 4. FORMATION OF ARTISTS' FOUNDATIONS UNDER SWISS LAW

According to Article 81 and 493 of the Swiss *Civil Code* (CC), a foundation may be established either by public deed or by a will. If established by a will, the artist must specify which goal the foundation will pursue and what assets it will hold [17]. The artist may stipulate further details in his or her

will, such as the foundation's name, location or organisation. Generally, foundations must be registered in the Commercial Register, unless it is a religious or family foundation, in which case registration is compulsory (Art. 52 CC).

The Swiss landscape of artist-endowed foundations may be divided into four main categories: foundations that are established (1) during the artist's lifetime, (2) by testamentary dispositions or contract, (3) by the artist's heirs or (4) by a third party.

**4.1 During the artist's lifetime.** It is more common for heirs to organise a foundation themselves following the death of an artist than for an artist to do so during his or her lifetime – which would be more desirable in order to avoid quarrels between heirs. Important Swiss artists such as John Armleder, Thomas Hirschhorn, Markus Raetz and Pipilotti Rist have not established a foundation so far. Most artists almost exclusively focus their energy on their creative activity rather than on any administrative or legal concerns of managing their oeuvre during their lifetime and thereafter. As an exception, the Swiss photographer René Burri established his foundation in 2013 before passing away one year later. Paul Sacher also created the *Paul Sacher Stiftung* during his lifetime.

**4.2 By testamentary disposition or contract.** Artists may also decide that a foundation shall be set up upon their death. They may do so through a will or an inheritance contract [18]. For example, the Swiss novelist and theatre and film director Anne Cuneo wrote in her will that a Swiss foundation in her name shall be established upon her death with the aim of preserving her archives and promoting her work. It is advisable that an artist chooses a person he or she trusts as testamentary executor so as to ensure that the foundation will be established and managed according to the artist's wishes.

**4.3 By the artist's heirs.** Commonly, foundations are established because a deceased artist left his or her heirs with a large collection of works and a legacy to manage. In a desire to keep the collection together instead of splitting the works among the heirs like any other asset, the family decides to create a dedicated foundation. Unless there is a single heir, such an undertaking may prove to be very efficient, also with regard to the management of the artist's copyright.

**4.4 By a third party.** While third parties more frequently establish foundations in Switzerland that benefit artists in general, certain foundations aiming to support one artist specifically do occur. For example, the *Willy Michel Foundation's* main purpose is to support and protect the oeuvre of Franz Gertsch. The founder, industrialist Willy Michel, decided after meeting with the artist to establish a collection of his works and a dedicated museum. The artist sits on the Foundation's board together with the founder, the museum's director and other members. As a further example, the *Alberto Giacometti Stiftung* was created by collectors during the artist's lifetime. Many years later, Bruno and Odette Giacometti donated 75 plasters and 15 bronzes from the artist's es-

tate. The main part of the collection is held by and exhibited at the *Kunsthaus Zürich*.

## 5. TAX TREATMENT OF ARTISTS' FOUNDATIONS

One of the main interesting features of establishing a philanthropic artist's foundation is tax-based. Upon request, such foundations may benefit from corporate tax exemption on charitable purposes by showing that they pursue goals that are in the public interest, such as activities of a cultural, artistic or educational nature [19]. Without such a status, a foundation is subject to profit tax on a federal and cantonal level as well as to capital tax on a cantonal level. Many Swiss art-

---

*“To obtain tax-exempt status, a foundation must be organised in an altruistic manner.”*

ists' foundations aim to conduct and promote research, conservation, management and the development of archives on the work of the artist and issue publications about the artist's work.

Additionally, to obtain tax-exempt status, a foundation must be organised in an altruistic manner «in the sense of being devoted to communal and not to personal benefit» [20]. This requirement entails that the foundation's board members should not be paid for their function but may only be compensated for expenses incurred by their activity for the foundation according to specific thresholds.

Unlike in the case of revocable trusts, all funds dedicated to the tax-exempt purpose must be irrevocably tied to such purpose. They may not be redirected to the foundation's founders or benefactors [21]. Accordingly, most foundations' articles of association include a provision according to which their assets will be transferred to another non-profit organisation in the event the foundation is dismantled. If an artist or his or her estate decides to donate a collection of works of art to the tax-exempt foundation, the donation will not be subject to gift or inheritance tax if it is irrevocably attributed to the foundation [22]. Should the foundation not have tax-exempt status, corporate tax will apply to the donation [23]. However, tax authorities will not take into account the contribution to determine the foundation's taxable net profit [24].

## 6. MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND AUTHENTICATION SERVICES

Artists' foundations may also manage the artist's copyright, which expires 70 years after the artist's death (Art. 29 (2), *Federal Act on Copyright and Related Rights*, «*Copyright Act*»). Upon an artist's death, his or her heirs inherit the copyright, which extends to both the artist's moral and economic rights (Art. 16 (1) *Copyright Act*) [25]. However, the heirs only inherit an artist's economic rights insofar as these are not already assigned to a third party. For example, the *Fondation Anne Cuneo* owns 25% of the artist's rights on her books and other works.

An artist's economic rights may be an important source of income as they entail the rights of reproduction, distribution,



communication and performance (Art. 10 (2) *Copyright Act*). Through the right of reproduction, an artist may prevent others from reproducing his or her works by any means and in any form, as a whole or in part, without permission. Artists and their heirs may choose to use a collective rights management organisation, such as *ProLitteris*, to gather and distribute royalties for the reproduction of the works. As part of the reproduction right, an artist's heirs may decide to create *post-mortem* reproductions of his or her works. In practice, such reproductions are particularly common in photography and for bronzes [26].

Several artists' foundations actively maintain a *catalogue raisonné* that lists all the known works by a specific artist, and some have expressly included this important task in their goal, such as the *Fondation CHU Teh-Chun* and the *Fondation Félix Vallotton*. These comprehensive inventories have become a major authentication reference in the art market [27]. While any expert can produce a *catalogue raisonné*, only the copyright holder has the right to reproduce the depicted works or to license such a right to a third-party editor. Hence, if a foundation does not hold the reproduction right, it must ensure it has the right holder's authorisation to include images of the works.

Moreover, artist's foundations are commonly a point of reference to confirm or negate the authenticity of works of art by the given artist. In this capacity, they issue *certificates of authenticity*, in which they confirm that a work is authentic and/or that it will be included in the artist's *catalogue raisonné*.

In doing so, they may have to comply with certain duties and be subject to legal liability [28]. Certifying a work's authenticity does not require holding any copyrights to the given works. Hence, any person or institution may conduct authentications, but only those certificates delivered by «expert authorities» will be respected in the art market.

Selling works of art, issuing certificates of authenticity against a fee and collecting royalties may qualify as commercial activities. As a result, these may be subject to VAT [29]. Additionally, if such commercial activities outweigh the foundation's charitable revenues (donations) [30], they may challenge the foundation's philanthropic (and tax-exempt) status. In this event, it might be of interest to exclude the commercial activities from the foundation's scope of action and to set up an independent legal entity specifically dedicated to these [31].

## 7. CONCLUSION

Artists' foundations are a relatively unknown construct in Switzerland for lawyers and artists, yet they are evolving in number, organisation and operations. Provided they are intended to be a philanthropic institution, their success seems most likely if they are set up and advised by administrators who understand the constraints and challenges of operating a foundation of public benefit, as well as the peculiarities of the art market. Additionally, artists' foundations must have sufficient resources available for achieving their philanthropic purposes. ■

**Footnotes:** 1) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. Study report supplement 2013», Christine J. Vincent, Study Director, available online at [https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2016/07/AEF-Study-Report-Supplement-2013.pdf?\\_ga=2.184026213.232253628.1543067887-1607050640.1536003955](https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2016/07/AEF-Study-Report-Supplement-2013.pdf?_ga=2.184026213.232253628.1543067887-1607050640.1536003955) [accessed 24 November 2018], p. xiv. 2) *Ibid.*, p. 17. 3) See Loretta Würtenberger, «Artist's estate management in the 21<sup>st</sup> century», in Alessandra Donati, Rachele Ferrario and Silvia Simoncelli (eds.), *Artists' Archives and Estates: Cultural Memory between Law and Market*, Comparative Art Law Series Vol. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 183. 4) Mike Scutari, «'A New and Growing Force.' Inside the World of Artist-Endowed Foundations», *Inside Philanthropy*, 15 October 2018, <https://www.insidephilanthropy.com/home/2018/10/15/a-new-and-growing-force-inside-the-world-of-artist-endowed-foundations> [accessed 24 November 2018]. 5) See Loretta Würtenberger, *Der Künstlernachlass*, Handbuch für Künstler, ihre Erben und Nachlassverwalter, Hatje Cantz, 2016, p. 41. 6) The absence of any heirs is the reason behind the creation of an artist's foundation in 6 out of 10 cases, see The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. A reading guide to the study report for artists and their family members», Christine J. Vincent, Study Director,

The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, 2010, available online at [https://www.giarts.org/sites/default/files/Artist\\_as\\_Philanthropist\\_Reading-Guide-2014.pdf](https://www.giarts.org/sites/default/files/Artist_as_Philanthropist_Reading-Guide-2014.pdf) [accessed 24 November 2018], p. 4. 7) See Würtenberger, *op. cit.* fn. 5, p. 36. 8) *Ibid.*, p. 42. 9) For example, the international gallery Hauser & Wirth manages many artists' estates and foundations. 10) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. Part A: Findings: Overview of the Field», Christine J. Vincent, Study Director, November 2010 (updated December 2010 and May 2011), available online at [https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2010/11/AEF\\_Vib.pdf?\\_ga=2.117390414.973251691.1543739557-1607050640.1536003955](https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2010/11/AEF_Vib.pdf?_ga=2.117390414.973251691.1543739557-1607050640.1536003955) [accessed 24 November 2018], p. 27 et seq. 11) *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature*, Articles of association, Art. 2 (transl. author). 12) *Fondation Théodore Strawinsky*, Articles of association, Art. 4.2 (transl. author). 13) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, *op. cit.* fn. 10, p. 30. 14) *Ibid.*, p. 31. 15) *Ibid.*, p. 34. 16) *Ibid.*, p. 31. 17) Institut Suisse pour l'étude de l'art (SIK-ISEA), *Successions d'artistes*, Guide pratique, SIK-ISEA, 2017, p. 165. The artist is free to attribute his or her assets to a foundation within the limits of forced heirship rules (Art. 470 et seq. CC). 18) *Ibid.* 19) Art. 56 (g) Federal Direct Taxation Act and Art. 23 para. 1 (g) Federal Harmonisation of Direct Taxation Act. 20) Xavier Oberson, «The Conservation of the Art Collection in Inheritance», in Peter Mosimann and

Beat Schönenberger (eds.), *Kunst & Recht 2013/Art & Law 2013 Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät Basel vom 14. Juni 2013*, Stämpfli Verlag AG, 2014, pp. 13–33, p. 20. 21) *Ibid.* 22) *Ibid.*, p. 22. 23) Art. 57 et seq. Federal Direct Taxation Act and Art. 24 et seq. Federal Tax Harmonisation Act. 24) See Oberson, *op. cit.* fn. 20, p. 22. 25) See Matthias Seemann, «Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten», in Manfred Rehbinder/Reto M. Hilty (eds.), *SMI – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 86*, Stämpfli Verlag AG, 2008, p. 381 et seq. 26) By way of illustration, the *Stiftung Bildhauer Paul Roth* expressly provides in its articles of association to be entitled to have castings made from the plaster models and to sell these castings as it sees fit. 27) See Anne Laure Bandle, «Artists' rights and responsibilities when authenticating their works of art: A comparative law analysis», in Alessandra Donati, Rachele Ferrario and Silvia Simoncelli (eds.), *Artists' Archives and Estates: Cultural Memory between Law and Market*, Comparative Art Law Series Vol. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 60. 28) For more information, see *ibid.* 29) See Institut Suisse pour l'étude de l'art (SIK-ISEA), *op. cit.* fn. 17, p. 175–176. 30) *Ibid.*, p. 179, according to which commercial revenues must not exceed 10–20% of all revenues. 31) For example, the heirs of the artist Alexej von Jawlensky established a limited liability company in Locarno in 1988 which handles the artist's copyright, conducts research on his work and provides authenticity certificates. By setting up a limited liability company, the heirs are not constrained by the limits imposed on tax-exempt foundations.

# DER KÜNSTLER ALS PHILANTHROP: DIE KOMPLEXE ROLLE VON KÜNSTLERSTIFTUNGEN

## Hauptbeweggründe und -aspekte bei der Errichtung von Stiftungen, die den Nachlass eines Künstlers verwalten

**Künstler und deren Erben wenden immer mehr Zeit und Ressourcen auf, um institutionelle Strukturen zu schaffen, die ihr Erbe und ihren Nachlass verwalten. Diejenigen, die dazu eine philanthropische Stiftung gründen, müssen sich durch zahlreiche Widrigkeiten und Herausforderungen beim Betrieb einer Stiftung öffentlichen Nutzens sowie die Besonderheiten des Kunstmarkts lavieren.**

### 1. EINFÜHRUNG

Künstlerstiftungen sind ein wichtiges Phänomen – nicht nur aufgrund der Vermögenswerte und Rechte, die sie halten, sondern auch aufgrund ihrer Stellung im Kunstmarkt. Im Allgemeinen verfügen Künstlerstiftungen über finanzielle Vermögenswerte, Kunstwerke und andere Sammlerstücke, Urheberrechte und Immobilien. So bot etwa 2012 die *Andy-Warhol-Stiftung* mehrere Tausend Werke zum Kauf an, in der Hoffnung, USD 100 Mio. zur Finanzierung von Zuschüssen für Non-Profit-Museen und -Einrichtungen zu erhalten.

Das in den USA ansässige *Aspen Institute*, eine Non-Profit-Denkfabrik und weltweiter Vorreiter in der Forschung zu Non-Profit-Künstlerstiftungen, untersuchte das Phänomen von Künstlerstiftungen in den USA und stellte einen signifikanten Anstieg der Anzahl seit 2005 fest, insbesondere von Stiftungen mit einem Vermögen von mehr als USD 50 Mio. [1] Die meisten – so etwa 63% der zwischen 2001 und 2010 gegründeten Stiftungen – wurden posthum errichtet [2]. Für Künstlerstiftungen in der Schweiz liegen keine so detaillierten Studien vor. Bekannt ist aber die Tatsache, dass viele in- und ausländische Künstler und deren Erben sich entschlossen haben, hier eine Stiftung zu gründen. Dazu zählen etwa Alberto Giacometti, Paul Klee, Jean Tinguely und Niki de Saint Phalle, Zao Wou-Ki, Félix Vallotton, Max Bill und Cuno Amiet.



ANNE LAURE BANDLE,  
DR. IUR., RECHTSANWÄLTIN,  
BOREL & BARBEY,  
GENÈVE, ACADEMIC FELLOW,  
GENÈVE CENTRE FOR  
PHILANTHROPY,  
ANNELAURE.BANDLE @  
BOREL-BARBHEY.CH

Während einige Künstler und deren Erben zweifellos philanthropische Ziele verfolgen und ihre Kunst in den Dienst einer bestimmten Sache stellen, haben andere keinerlei philanthropische Interessen. Bei manchem Nachlass kann es vielleicht gemeinnützige Absichten geben ohne philanthropische Gedanken dahinter und den Wunsch, einen institutionellen Rahmen zu errichten, der es ermöglicht, eine langfristige Orientierung zu verfolgen, oder den klaren Wunsch, anderen zu helfen.

Dieser Artikel soll die Komplexität der Tätigkeit von Künstlerstiftungen beleuchten und dabei insbesondere das sensible Gleichgewicht berücksichtigen, das zwischen den eigenen Interessen des Künstlers und dessen philanthropischen Zielen herrschen muss, damit die Stiftung als gemeinnützige Einrichtung gilt. Er analysiert die Hauptbeweggründe, Vorteile und Aspekte der Errichtung derartiger Stiftungen angesichts der Besonderheiten bei der Verwaltung eines Künstlernachlasses.

### 2. HAUPTBEWEGGRÜNDE FÜR DIE ERRICHTUNG VON KÜNSTLERSTIFTUNGEN

Obwohl Künstler wohl in der Regel weitaus eher auf der Empfängerseite philanthropischer Initiativen stehen, ist derzeit eine sehr hohe Anzahl vermögender Künstler aktiv – wahrscheinlich mehr als je zuvor [3]. Tatsächlich beeinflusst der wachsende Kunstmarkt die Entstehung eines von Künstlern geprägten Stiftungsbereichs, da «mehr Künstler über ihre Ateliertätigkeit persönliches Vermögen aufgebaut haben» [4]. Daher haben sie die Mittel, Organisationen zum Schutz ihres Werks zu errichten und zu finanzieren. In der Tat ist die Gründung einer Stiftung nur bei einem Nachlass sinnvoll, der ausreichende Mittel zur Finanzierung einer Rechtsstruktur und insbesondere von deren Verwaltungs- und Betriebskosten umfasst [5]. Ein *Hauptgrund* für die Errichtung derartiger Stiftungen besteht darin, dass viele Künstler wie Andy Warhol oder Robert Mapplethorpe keine Nachkommen haben und es daher keine Erben gibt, die die Urheberrechte

oder die Kunstsammlung des verstorbenen Künstlers verwalten können [6]. Ausserdem versuchen Künstler möglicherweise, ihren Nachlass und ihr Werk post mortem über einen vorgegebenen Rahmen zu gestalten, der in rechtlichen Strukturen verankert ist, um damit den Aktionsradius ihrer Erben zu beschränken [7]. Die Rechtsstruktur ermöglicht die Erstellung und Fortführung einer bestimmten Agenda hinsichtlich der Verwaltung des Künstlernachlasses. Nebenbei verhindert sie auch, dass eine Kunstsammlung und der Nachlass eines Künstlers unter mehreren Erben aufgeteilt werden. Ein anderer wesentlicher Vorteil bei der Gründung einer Stiftung ist steuerlicher Art, sofern die Stiftung steuerbefreit ist, da sie damit mehr Mittel in ihre Tätigkeit investieren kann. Steuerbefreite Künstlerstiftungen verfolgen gemeinnützige Ziele, was bedeutet, dass der Künstler oder dessen Erben möchten, dass sich die Stiftung Tätigkeiten von öffentlichem Nutzen widmet. Im Kern ist es das Ziel der meisten Künstlerstiftungen, den künstlerischen Nachlass zu bewahren, dessen Bedeutung zu erhalten und bestenfalls zu erhöhen – Ziele, die die Künstlerstiftungen im Allgemeinen als gemeinnützig qualifizieren [8].

Die *Aktivitäten* von Künstlerstiftungen sind vielfältig. In erster Linie widmen sich die meisten Stiftungen der Verwaltung und dem Erhalt des Werks des Künstlers sowie der Dokumentation und Verbreitung von dessen Biografie und Werk. Eine derartige Tätigkeit ist sehr zeit- und kostenintensiv. Einige Stiftungen haben daher Museen, vor allem zur Ausstellung der Kunstwerke, und Galerien zur Verwaltung des Nachlasses um Unterstützung gebeten [9].

Das *Musée Jenisch* in Vevey zum Beispiel hat einen ständigen Ausstellungsraum, der der *Oskar-Kokoschka-Stiftung* gewidmet ist, die dessen Witwe 1988 gründete. Die Stiftung verfügt über mehr als 2300 Werke des Künstlers, darunter Gemälde, Zeichnungen, Aquarelle und Drucke. Als weiteres Beispiel wurde die Stiftung des bekannten Schweizer Fotografen René Burri vom Künstler und seiner Familie im *Musée de l'Élysée* in Lausanne zusammen mit dem Museumsdirektor gegründet, der gemäss Statuten immer Mitglied des Stiftungsrats bleiben muss.

Gelegentlich beschliessen Künstler selbst, das Eigentum und Urheberrecht an ihren Werken an ein Museum zu übertragen – verbunden mit der Pflicht, die Sammlung zu erhalten und zu erweitern sowie die Rechte des Künstlers ordnungsgemäss zu verwalten, so wie es René Burri und Sabine Weiss mit dem *Musée de l'Élysée* taten.

### 3. PHILANTHROPISCHE ZWECKE

Viele vermögende Künstlerstiftungen verfolgen umfassendere Ziele, die über die Pflege des Künstlernachlasses hinausgehen. Das *Aspen Institute* hat philanthropische, von Künstlern finanzierte Stiftungen nach vier Hauptfunktionen eingeteilt: (1) Förderstiftungen, (2) Stiftungen, die direkt gemeinnützig tätig sind, (3) Nachlass teilende Stiftungen und (4) umfassende Stiftungen mit mehreren Funktionen [10].

In der Schweiz kommen diese Funktionen in den Stiftungszielen gemäss Statuten zum Ausdruck. Nur sehr wenige Künstlerstiftungen in der Schweiz schreiben ausdrücklich *Förderung* als ein Stiftungsziel fest. Die von der Witwe des

Schriftstellers gegründete *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature* etwa «will junge Schriftsteller unterstützen, indem sie Literaturpreise auflegt, und Schriftstellern, die sich durch ihre besonders herausragenden Texte ausgezeichnet haben, Stipendien und finanzielle Förderung ge-

---

«Obwohl Künstler wohl  
in der Regel weitaus eher auf  
der Empfängerseite  
philanthropischer Initiativen stehen,  
ist derzeit eine sehr hohe  
Anzahl vermögender Künstler aktiv –  
wahrscheinlich mehr als je zuvor.»

währt» [11]. Als weiteres Beispiel verleiht die *Fondation Théodore Strawinsky* «jährlich in der Schweiz einen Preis für bildende Künste an einen jungen Künstler, der sich im Bereich des bildlichen Ausdrucks oder in einem verwandten künstlerischen Bereich ausgezeichnet hat» [12]. Andere Stiftungen können gelegentlich vielversprechende Künstler fördern, ohne dies ausdrücklich als Teil ihres umfassenderen Ziels einer Förderung der Künste zu erwähnen.

Die typischen *direkt gemeinnützigen Tätigkeiten* einer Künstlerstiftung sind etwa die Verwaltung und Finanzierung eines Studien- und Forschungszentrums, ein Museum (im Haus des Künstlers), Artist-in-Residence-Programme oder sonstige künstlerische oder wissenschaftliche Programme. Derartige Studienzentren- und Ausstellungsstiftungen erfüllen ihren gemeinnützigen Zweck «durch die unmittelbare Durchführung von Tätigkeiten, durch die ihre Kunstsammlungen, Archive und sonstigen kunstbezogenen Vermögenswerte als wissenschaftliche, kulturelle und pädagogische Bildungsressourcen zugänglich werden» [13]. Die vom gleichnamigen Schweizer Komponisten und Förderer gegründete *Paul-Sacher-Stiftung* verfügt über ein Forschungszentrum, das den eigenen Mitarbeitern und Besuchern eine wissenschaftliche Tätigkeit erleichtert. Es beauftragt auch externe Fachleute mit Forschungen und Publikationen zu klassischer Musik und zu Komponisten.

Andere Stiftungen widmen ihre Tätigkeit Artist-in-Residence-Programmen, wie etwa die *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature* für Schriftsteller oder die *Stiftung Dürrenmatt-Mansarde* für junge Talente im Kultursektor. Letztere bewahrt auch den Ort, wo der Schweizer Autor Friedrich Dürrenmatt seine Studienjahre verbrachte.

Letztlich wurden mithilfe von Künstlerstiftungen mehrere Museen und Ausstellungsorte geschaffen. Die von einer gleichnamigen Stiftung gegründete und gepflegte *Fondation Espace Jean Tinguely – Niki de Saint Phalle* befindet sich im *Museum für Kunst und Geschichte Freiburg* und stellt die Werke des Ehepaars und verwandte Werke anderer Künstler aus. Die *Stiftung Willy Michel* unterstützt das *Museum Franz Gertsch* im Emmental im Kanton Bern mit Schenkungen und Kunstwerken (als Leihgabe oder Stiftung). Andere Stiftungen sind



sogenannte «Museumsstiftungen» wie die *Zentrum Paul Klee – Maurice E. and Martha Müller Foundation* in Bern und widmen sich eigens dem Betrieb eines Museums für die Werke des Künstlers. Derartige Stiftungen können «Erträge aus Eintrittspreisen, Mitgliedsprogrammen und dem Verkauf in Museumsshops an die Besucher erzielen und in manchen Fällen auch Mittel von Einzelspendern und anderen privaten Stiftungen erhalten» [14].

*Nachlass verteilende* Stiftungen haben die beschränkte Postmortem-Funktion, die Vermögenswerte in ihrem Besitz an andere gemeinnützige kulturelle oder künstlerische Einrichtungen wie etwa Museen zu verteilen, die den Kunst-

«Eine Stiftung muss, um eine Steuerbefreiung zu erhalten, uneigennützig organisiert sein.»

nachlass als Bildungs- und kulturelle Ressourcen nutzen. In einigen Fällen können sie ihre Kunst an derartige Einrichtungen auch als Teilförderungen oder Schenkungskauf oder an private Sammler veräussern, wobei die Erlöse der Finanzierung der Verwaltung der Stiftung und ihrer gemeinnützigen Aktivitäten dienen [15].

Diese Arten von Stiftungen sind eher selten. Die meisten Stiftungen sind auf Dauerhaftigkeit angelegt, während Nachlass verteilende Stiftungen aufgelöst werden, wenn ihre Verteilungsaufgabe erfüllt ist [16]. Künstlerstiftungen können gelegentliche Schenkungen an ein Museum vornehmen, um sicherzustellen, dass das Werk des Künstlers Teil der ständigen Ausstellung des Museums ist, was direkt zur künstlerischen Bedeutung des Künstlers beiträgt.

Schliesslich können Künstlerstiftungen *mehrere* Funktionen haben. Dabei vereinen sie die oben besprochenen Aspekte, wobei sie ein zentrales Hauptziel verfolgen.

#### 4. GRÜNDUNG VON KÜNSTLERSTIFTUNGEN NACH SCHWEIZER RECHT

Gemäss Art. 81 und 493 des Schweizerischen *Zivilgesetzbuchs* (ZGB) kann eine Stiftung durch eine öffentliche Urkunde oder mittels Testament errichtet werden. Bei einer Verfügung von Todes wegen muss der Künstler angeben, welches Ziel die Stiftung verfolgen und welche Vermögenswerte sie besitzen wird [17]. Der Künstler kann in seinem Testament weitere Einzelheiten wie den Namen der Stiftung, den Ort oder die Organisation festlegen. Allgemein müssen Stiftungen im Handelsregister eingetragen sein. Keiner Eintragung bedürfen kirchliche Stiftungen oder Familienstiftungen (Art. 52 ZGB).

Die Schweizer Landschaft der von Künstlern finanzierten Stiftungen kann hinsichtlich deren Errichtung in vier Hauptkategorien unterteilt werden: (1) zu Lebzeiten des Künstlers, (2) durch testamentarische Verfügung oder Vertrag, (3) durch die Erben des Künstlers oder (4) durch Dritte.

**4.1 Zu Lebzeiten des Künstlers.** Es ist üblicher, dass die Erben nach dem Tod eines Künstlers eine Stiftung errichten,

als dass ein Künstler zu Lebzeiten eine Stiftung gründet – was, um Erbstreitigkeiten zu vermeiden, wünschenswerter wäre. Wichtige Schweizer Künstler wie John Armleder, Thomas Hirschhorn, Markus Raetz und Pipilotti Rist haben bis jetzt noch keine Stiftung errichtet. Die meisten Künstler konzentrieren ihre Energien fast ausschliesslich auf ihre kreative Tätigkeit statt auf administrative oder rechtliche Überlegungen hinsichtlich der Verwaltung ihres Werks zu Lebzeiten und darüber hinaus. Eine Ausnahme war der Schweizer Fotograf René Burri: Er gründete 2013 seine Stiftung, bevor er ein Jahr später starb. Auch Paul Sacher gründete die *Paul-Sacher-Stiftung* zu Lebzeiten.

**4.2 Durch testamentarische Verfügung oder Vertrag.** Künstler können auch entscheiden, dass nach ihrem Tod eine Stiftung zu errichten ist. Dies ist mittels Testament oder Erbschaftsvertrag möglich [18]. So hielt zum Beispiel die Schweizer Schriftstellerin und Theater- und Filmregisseurin Anne Cuneo in ihrem Testament fest, dass nach ihrem Tod eine Schweizer Stiftung in ihrem Namen zu gründen wäre mit dem Ziel, ihre Archive zu erhalten und ihr Werk zu fördern. Es ist empfehlenswert, dass ein Künstler eine Person auswählt, der er vertraut und die als Testamentvollstrecker fungiert, sodass die Stiftung nach seinen Wünschen errichtet und verwaltet wird.

**4.3 Durch die Erben des Künstlers.** Gewöhnlich werden Stiftungen errichtet, weil ein verstorbener Künstler seinen Erben eine grosse Werksammlung und einen zu verwal tenden Nachlass hinterlassen hat. Um die Sammlung als Ganzes zu erhalten, anstatt die Werke unter den Erben wie beliebige andere Vermögenswerte aufzuteilen, entscheidet die Familie, eine entsprechende Stiftung zu gründen. Sofern es sich nicht um einen einzelnen Erben handelt, kann sich ein solches Unterfangen als sehr effizient erweisen – auch in Hinblick auf die Verwaltung der Urheberrechte des Künstlers.

**4.4 Durch Dritte.** Während Dritte öfter Stiftungen in der Schweiz errichten, die Künstlern allgemein zugutekommen, gibt es auch Stiftungen, die nur einen Künstler im Speziellen unterstützen wollen. So ist es zum Beispiel der Hauptzweck der *Willy-Michel-Foundation*, das Werk von Franz Gertsch zu betreuen und zu schützen. Der Gründer, der Industrielle Willy Michel, beschloss nach einem Treffen mit dem Künstler, eine Sammlung mit dessen Werken und ein entsprechendes Museum zu errichten. Der Künstler sitzt zusammen mit dem Gründer, dem Museumsdirektor und weiteren Mitgliedern im Stiftungsrat. Als weiteres Beispiel wurde die *Alberto Giacometti-Stiftung* zu Lebzeiten des Künstlers von Sammlern gegründet. Viele Jahre später stifteten Bruno und Odette Giacometti 75 Plastiken und 15 Bronzen aus dem Nachlass des Künstlers. Der Hauptteil der Sammlung wird im *Kunsthaus Zürich* aufbewahrt und ausgestellt.

#### 5. STEUERLICHE BEHANDLUNG VON KÜNSTLERSTIFTUNGEN

Eines der Hauptmerkmale bei der Errichtung einer philanthropischen Künstlerstiftung ist steuerlicher Art. Auf Antrag



können derartige Stiftungen von einer Unternehmenssteuerbefreiung für gemeinnützige Zwecke profitieren, wenn sie nachweisen, dass sie Ziele im öffentlichen Interesse wie etwa Aktivitäten kultureller, künstlerischer oder pädagogischer Art verfolgen [19]. Ohne einen solchen Status unterlie-

befreiten Stiftung zu schenken, unterliegt diese Schenkung keiner Schenkungs- oder Erbschaftssteuer, wenn sie unwiderruflich der Stiftung zugeordnet wird [22]. Sollte die Stiftung nicht steuerbefreit sein, gilt für die Schenkung die Unternehmenssteuer [23]. Die Steuerbehörden berücksichtigen jedoch bei der Ermittlung des steuerbaren Reingewinns der Stiftung die Zuwendung nicht [24].

*«Während Dritte öfter Stiftungen in der Schweiz errichten, die Künstlern allgemein zugutekommen, gibt es auch Stiftungen, die nur einen Künstler im Speziellen unterstützen wollen.»*

gen Stiftungen der Gewinnsteuer auf Bundes- und Kantonsebene sowie der Kapitalsteuer auf Kantonsebene. Viele Schweizer Künstlerstiftungen sind darauf ausgerichtet, zu den Werksarchiven des Künstlers zu forschen bzw. entsprechende Forschung zu fördern, sie zu erhalten, verwalten und auszubauen und Publikationen zum Werk des Artisten herauszugeben.

Weiterhin muss eine Stiftung, um eine Steuerbefreiung zu erhalten, uneigennützig organisiert sein, «d. h. sich dem öffentlichen und keinem persönlichen Nutzen widmen» [20]. Diese Voraussetzung bringt mit sich, dass die Mitglieder des Stiftungsrats für ihre Funktion nicht bezahlt werden dürfen, sondern ihnen nur Ausgaben in Verbindung mit ihrer Tätigkeit für die Stiftung entsprechend spezifischen Schwellen erstattet werden dürfen.

Anders als im Fall widerruflicher Trusts müssen alle Mittel für den steuerbefreiten Zweck unwiderruflich an diesen Zweck gebunden werden. Sie dürfen nicht an die Gründer der Stiftung oder an die Stifter umgelenkt werden [21]. Dementsprechend enthalten die Statuten der meisten Stiftungen eine Bestimmung, derzufolge deren Vermögen bei einer Auflösung der Stiftung an eine andere gemeinnützige Einrichtung übertragen wird. Beschliesst ein Künstler oder beschliesst dessen Erben, eine Kunstwerksammlung einer steuer-

**6. VERWALTUNG VON URHEBERRECHTEN UND AUTHENTIFIZIERUNGSDIENSTE**

Künstlerstiftungen können auch die Urheberrechte des Künstlers verwalten, die 70 Jahre nach dem Tod des Künstlers erlöschen (Art. 29 (2) des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, «Urheberrechtsgesetz»). Nach dem Tod eines Künstlers geht das Urheberrecht, das sowohl die moralischen als auch die wirtschaftlichen Rechte des Künstlers umfasst, auf die Erben über (Art. 16 (1) Urheberrechtsgesetz) [25]. Die wirtschaftlichen Rechte eines Künstlers gehen jedoch nur insoweit auf die Erben über, wie sie nicht bereits an einen Dritten übertragen wurden. So hält zum Beispiel die *Fondation Anne Cuneo* 25% der Rechte der Künstlerin an ihren Büchern und anderen Werken.

Die wirtschaftlichen Rechte eines Künstlers können eine wichtige Einkommensquelle sein, da sie die Rechte für die Vervielfältigung, Verbreitung, Übertragung und Wiedergabe mit umfassen (Art. 10 (2) Urheberrechtsgesetz). Durch das Vervielfältigungsrecht kann ein Künstler andere daran hindern, sein Werk durch irgendwelche Mittel in irgendeiner Form ganz oder teilweise ohne Genehmigung zu kopieren. Künstler und deren Erben können sich dafür entscheiden, eine Verwertungsgesellschaft wie *ProLitteris* damit zu beauftragen, Lizenzgebühren für die Reproduktion der Werke einzuziehen und zu verteilen. Im Rahmen des Copyright können die Erben eines Künstlers entscheiden, *Post-mortem*-Vervielfältigungen der Werke zu erstellen. In der Praxis sind derartige Vervielfältigungen besonders in der Fotografie und bei Bronzen gebräuchlich [26].

Verschiedene Künstlerstiftungen führen aktiv einen *Catalogue raisonné*, der alle bekannten Werke eines bestimmten

ANZEIGE

## Viele Mandanten, eine Treuhand-Software: mit Comatic behalten Sie den Überblick.

inkl. Zeiterfassung

041 922 24 80
 [info@comatic.ch](mailto:info@comatic.ch)
 [comatic.ch](https://comatic.ch)

Comatic

Künstlers auflistet, und einige, wie die *Fondation CHU Teh-Chun* und die *Fondation Félix Vallotton*, haben diese wichtige Aufgabe ausdrücklich in ihren Zweck aufgenommen. Diese umfassenden Verzeichnisse haben sich zu einer wichtigen Authentifizierungsquelle im Kunstmarkt entwickelt [27]. Während jeder Experte einen *Catalogue raisonné* erstellen kann, ist nur der Urheberrechtsinhaber berechtigt, die beschriebenen Werke zu reproduzieren oder einem externen Bearbeiter ein solches Recht einzuräumen. Deshalb muss eine Stiftung, wenn sie nicht über das Vervielfältigungsrecht verfügt, sicherstellen, dass die Genehmigung des Rechteinhabers für die Einfügung von Bildern der Werke vorliegt.

Darüber hinaus dienen Künstlerstiftungen häufig als Referenzpunkt, um die Echtheit von Kunstwerken eines bestimmten Künstlers zu bestätigen oder zu verneinen. In dieser Eigenschaft erstellen sie *Echtheitsbescheinigungen*, in denen sie bestätigen, dass ein Werk echt ist und/oder in den *Catalogue raisonné* des Künstlers aufgenommen wird. Dabei haben sie bestimmte Pflichten zu erfüllen und sind rechtlich haftbar [28]. Für die Bestätigung der Echtheit eines Werks ist es nicht erforderlich, Urheberrechte an den entsprechenden Werken zu halten. Daher kann jede Person oder Einrichtung Echtheitsbestätigungen vornehmen, es werden jedoch nur jene Zertifikate, die von «Fachstellen» erstellt wurden, im Kunstmarkt anerkannt.

Die Veräusserung von Kunst, die Erstellung von Echtheitsbestätigungen gegen Gebühr und die Erhebung von Lizenzgebühren können als kommerzielle Tätigkeit angesehen werden. Demzufolge können sie umsatzsteuerpflichtig sein [29]. Zusätzlich können derartige kommerzielle Tätigkeiten, wenn sie die gemeinnützigen Erträge (Schenkungen) der Stiftung übersteigen [30], den philanthropischen (und steuerfreien) Status der Stiftung infrage stellen. In diesem Fall kann es von Interesse sein, kommerzielle Tätigkeiten aus dem Aufgabenbereich der Stiftung auszuschliessen und eine unabhängige Rechtsstruktur zu errichten, die speziell diesen Aktivitäten dient [31].

## 7. FAZIT

Künstlerstiftungen sind in der Schweiz für Anwälte und Künstler ein relativ unbekanntes Konstrukt, wobei deren Anzahl bereits zunimmt und Einrichtung und Betrieb sich ausdehnen. Bei philanthropischer Ausrichtung ist ihr Erfolg am wahrscheinlichsten, wenn sie von Verwaltern errichtet und beraten werden, die mit den Sachzwängen und Herausforderungen beim Betrieb einer Stiftung öffentlichen Nutzens sowie den Besonderheiten des Kunstmarkts vertraut sind. Zudem müssen Künstlerstiftungen über ausreichende Ressourcen für die Erreichung ihrer philanthropischen Ziele verfügen. ■

**Anmerkungen:** 1) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. Study report supplement 2013», Christine J. Vincent, Studienleiterin, online abrufbar unter [https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2016/07/AEF-Study-Report-Supplement-2013.pdf?\\_ga=2.184026213.232253628.1543067887-1607050640.1536003955](https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2016/07/AEF-Study-Report-Supplement-2013.pdf?_ga=2.184026213.232253628.1543067887-1607050640.1536003955) [Zugriff 24. November 2018], S. xiv. 2) Ebd., S. 17. 3) Vgl. Loretta Würtenberger, «Artist's estate management in the 21<sup>st</sup> century», in Alessandra Donati, Rachele Ferrario und Silvia Simoncelli (eds.), *Artists' Archives and Estates: Cultural Memory between Law and Market*, Comparative Art Law Series Vol. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, S. 183. 4) Mike Scutari, «A New and Growing Force. Inside the World of Artist-Endowed Foundations», *Inside Philanthropy*, 15. Oktober 2018, <https://www.insidephilanthropy.com/home/2018/10/15/a-new-and-growing-force-inside-the-world-of-artist-endowed-foundations> [Zugriff 24. November 2018]. 5) Vgl. Loretta Würtenberger, *Der Künstler-nachlass, Handbuch für Künstler, ihre Erben und Nachlassverwalter*, Hatje Cantz, 2016, S. 41. 6) Fehlende Erben stehen in sechs von zehn Fällen hinter der Gründung einer Stiftung, vgl. The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. A reading guide to the study report for artists and their family members», Christine J. Vincent, Studienleiterin, The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, 2010, online abrufbar unter <https://www.giarts.org/sites/>

[default/files/Artist\\_as\\_Philanthropist\\_Reading-Guide-2014.pdf](https://www.giarts.org/sites/default/files/Artist_as_Philanthropist_Reading-Guide-2014.pdf) [Zugriff 24. November 2018], S. 4. 7) Vgl. Würtenberger, op. cit. fn. 5, S. 36. 8) Ebd., S. 42. 9) So verwaltet etwa die internationale Galerie Hauser & Wirth viele Nachlässe und Stiftungen von Künstlern. 10) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, «The artist as philanthropist: Strengthening the next generation of artist-endowed foundations. A study of the emerging artist-endowed foundation field in the U.S. Part A: Findings: Overview of the Field», Christine J. Vincent, Studienleiterin, November 2010 (Aktualisierung Dezember 2010 und Mai 2011), online abrufbar unter [https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2010/11/AEF\\_V1b.pdf?\\_ga=2.117390414.973251691.1543739557-1607050640.1536003955](https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/2010/11/AEF_V1b.pdf?_ga=2.117390414.973251691.1543739557-1607050640.1536003955) [Zugriff 24. November 2018], S. 27 et seq. 11) *Fondation Jan Michalski pour l'écriture et la littérature*, Statuten, Art. 2 (Übersetzung der Autorin). 12) *Fondation Théodore Strawinsky*, Statuten, Art. 4.2 (Übersetzung der Autorin). 13) The Aspen Institute Program on Philanthropy & Social Innovation, op. cit. fn. 10, S. 30 (Übersetzung der Autorin). 14) Ebd., S. 31 (Übersetzung der Autorin). 15) Ebd., S. 34. 16) *Ibid.*, S. 31. 17) Institut Suisse pour l'étude de l'art (SIK-ISEA), 2017, S. 165. Der Künstler kann innerhalb der Grenzen der gesetzlichen Erbfolge frei über sein Vermögen verfügen und es einer Stiftung hinterlassen (Art. 470 ff. ZGB). 18) Ebd. 19) Art. 56 (g) Bundesgesetz über die direkte Bundesbesteuerung und Art. 23 Abs. 1 (g) Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern. 20) Xavier Oberson, «The Conservation of the Art Collection in Inheritance», in Peter Mosimann und Beat Schönenberger (eds.), *Kunst & Recht 2013/Art & Law 2013* Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fa-

kultät Basel vom 14. Juni 2013, Stämpfli Verlag AG, 2014, S. 13–33, S. 20 (Übersetzung der Autorin). 21) Ebd. 22) Ebd., S. 22. 23) Art. 57 ff. Bundesgesetz über die direkte Bundesbesteuerung und Art. 24 et seq. Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern. 24) Vgl. Oberson, op. cit. fn. 20, S. 22. 25) Vgl. Matthias Seemann, «Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten», in Manfred Reh binder/Reto M. Hilty (eds), *SMI – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht* Band/ Nr. 86, Stämpfli Verlag AG, 2008, S. 381 et seq. 26) Zur Veranschaulichung: Die Stiftung Bildhauer Paul Roth sieht in ihren Statuten ausdrücklich vor, dass sie ein Recht auf Gusstücke der Plastiken und deren Veräusserung hat, wenn sie es für zweckdienlich erachtet. 27) Vgl. Anne Laure Bandle, «Artists' rights and responsibilities when authenticating their works of art: A comparative law analysis», in Alessandra Donati, Rachele Ferrario und Silvia Simoncelli (eds.), *Artists' Archives and Estates: Cultural Memory between Law and Market*, Comparative Art Law Series Vol. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, S. 60. 28) Weitere Informationen siehe ebd. 29) Siehe Institut Suisse pour l'étude de l'art (SIK-ISEA), op. cit. fn. 17, S. 175–176. 30) Ebd., S. 179, wonach gewerbliche Einnahmen übersteigen dürfen. 31) So errichteten beispielsweise die Erben des Künstlers Alexej von Jawlensky 1988 in Locarno eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die die Urheberrechte des Künstlers verwaltet, zu seinem Werk forscht und Echtheitsbescheinigungen ausstellt. Durch die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind die Erben nicht durch die Grenzen, die für steuerfreie Stiftungen gelten, eingeengt.

# EIN PHILANTHROPISCHER BZW. GEMEINNÜTZIGER TRUST FÜR DIE SCHWEIZ

## Gegenüberstellung zweier Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen

In diesem Artikel wird die Frage geklärt, ob im Rahmen der Diskussionen rund um die gesetzliche Regelung von Trusts in der Schweiz nicht gleichzeitig die Einführung eines Trust-ähnlichen gemeinnützigen bzw. philanthropischen Rechtsinstituts thematisiert werden sollte. Dieses würde jene Bedürfnisse abdecken, bei denen die gemeinnützige Stiftung an ihre Grenzen stösst.

### 1. EINLEITUNG

**1.1 Allgemeines.** Anfang 2017 ist das *Postulat Prüfung einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts* angenommen worden. Darin wurde der Bundesrat beauftragt, eine mögliche Einführung des Rechtsinstituts des Trusts in das schweizerische Privatrecht sowie eine Anpassung des anwendbaren Steuerrechts zu prüfen. Zurzeit sind die Arbeiten am Bericht zur Beantwortung des Postulats im Gang [1]. Die Diskussionen konzentrieren sich dabei hauptsächlich auf den erbrechtlichen Konnex [2]. In diesem Beitrag soll die Frage behandelt werden, ob nicht auch ein gemeinnütziger bzw. philanthropischer Trust in diese Diskussionen miteinbezogen werden sollte. Um diese Frage zu beantworten, soll in einem ersten Schritt der Begriff der Philanthropie kurz beschrieben und die Rolle der Schweizer gemeinnützigen Stiftung in diesem Sektor erläutert werden. Letztere wird in einem zweiten Schritt dem Trust gegenübergestellt. Gestützt auf die daraus gewonnenen Erkenntnisse wird schliesslich aufgezeigt, welche Eigenheiten ein Trust-ähnliches philanthropisches bzw. gemeinnütziges Rechtsinstitut ausweisen müsste, um der hierzulande gelebten Philanthropie bestmöglich zu dienen.

**1.2 Stiftung und Philanthropie in der Schweiz.** Der Begriff Philanthropie ist nicht allgemein gültig definiert. Im weiteren Sinn umfasst Philanthropie «jede private freiwillige Handlung für einen gemeinnützigen Zweck» [3]. Die ge-

meinnützige Stiftung (Art. 80 ff. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* [ZGB]), in der Schweiz eine der wichtigsten Rechtsformen von Non-Profit-Organisationen, nimmt dabei eine bedeutende Rolle ein. Die Stiftung in ihrer heutigen Form ist eine Erfindung des 19. Jahrhunderts. Für die damalige Gesellschaft war sie eine innovative Antwort auf ihre Bedürfnisse. Die heutige Gesellschaft ist jedoch mit der damaligen kaum mehr vergleichbar [4]. Auch die Welt der Philanthropie hat sich verändert. Sie ist einerseits professioneller geworden, andererseits ist ihre Ausrichtung heute eine andere: Der Fokus liegt stärker auf globalen Herausforderungen wie der Gesundheitsversorgung, der Umwelt und der nachhaltigen Entwicklung [5]. Eine Diskussion über neue Rechtsformen könnte hier Lösungsansätze schaffen. Deshalb ist es berechtigt, sich im Rahmen der Einführung des Trusts die Frage zu stellen, ob damit nicht gleichzeitig auch ein Trust-ähnliches gemeinnütziges bzw. philanthropisches Rechtsinstitut geschaffen werden könnte, welches die aktuellen Bedürfnisse befriedigt, welche heute durch die gemeinnützige Stiftung nur ungenügend abgedeckt werden.

### 2. TRUST

**2.1 Allgemeines.** Der *common law trust* ist ein rechtliches Gebilde, das in einer Vielzahl von Rechtsordnungen in unterschiedlichsten Ausgestaltungen figuriert. Die meisten dieser Jurisdiktionen basieren auf den Prinzipien des angelsächsischen Rechts. Als klassischer *common law trust* – der dem vorliegenden Beitrag zugrunde liegt – wird die «Urform» des Trusts verstanden, der Anfang des letzten Jahrtausends in Grossbritannien entstanden ist und sich bis heute in England und Wales gehalten hat [6]. Nachfolgend sollen anhand eines kurzen analytischen Überblicks die Parteien, die wesentlichen Merkmale und die vorwiegenden Formen des Trusts erörtert werden.

**2.2 Parteien des Trusts.** Grundsätzlich besteht der Trust aus einem Dreiparteienverhältnis. Der *settlor* (engl. Begrün-



ALINE KRATZ-ULMER,  
DR. IUR., RECHTSANWÄLTIN,  
HUBATKA MÜLLER VETTER  
RECHTSANWÄLTE,  
ZÜRICH,  
ALINE.KRATZ@HMVLAW.CH

der, Errichter) übereignet dem *trustee* (engl. Verwalter) das Trust-Vermögen, das von diesem als Sondervermögen gehalten und zugunsten der *beneficiaries* (engl. Begünstigte) verwaltet wird. Der settlor legt die wesentlichen Rahmenbedingungen des Trusts in der Trust-Urkunde verbindlich fest. Zudem besteht für ihn die Möglichkeit, dem trustee seine persönlichen Präferenzen bezüglich Verwaltung in einem unverbindlichen *letter of wishes* mitzuteilen. Vielfach wird ein *protector* (engl. Aufseher, Protektor) eingesetzt, um ein reibungsloses Funktionieren dieses Rechtsverhältnisses zu gewährleisten [7].

**2.3 Charitable trust.** Das Institut des Trusts besteht aus zahlreichen Trust-Arten, welche wiederum einer Vielzahl von Zwecken gewidmet sein können. Der Fokus dieses Beitrags liegt beim *express trust*, genauer dem *charitable trust* [8]. Dieser wird – im Gegensatz zum (*private*) *express trust* – nicht zugunsten von Einzelpersonen errichtet, sondern zu einem wohltätigen Zweck [9].

**2.3.1 Arten von charitable trusts.** Bis zum Erlass des *Charities Act of 2006* wurde grundsätzlich zwischen vier Arten von charitable trusts unterschieden: Trusts zur Bekämpfung der Armut, zur Förderung von Ausbildung und Erziehung, zur Förderung der Religion sowie zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt. Dieser Erlass wurde bereits einige Jahre nach seinem Inkrafttreten durch den *Charities Act of 2011* ersetzt. Dabei blieben u. a. die oben erwähnten Kategorien erhalten, wurden jedoch in *section 3*, *Charities Act 2011* neu aufgelistet. Die Liste der möglichen Gründe für einen charitable trust besteht neu aus dreizehn Punkten, von denen der letzte schlicht mit *other purposes* umschrieben wird und als Auffangtatbestand fungiert.

**2.3.2 Zeitliche und Steuerrechtliche Komponente.** Charitable trusts unterliegen – im Gegensatz zum privaten Trust – nicht der *rule against perpetuity* und können deshalb praktisch ohne zeitliche Beschränkung errichtet werden [10]. Ferner gelten für sie weniger strikte Bestimmtheitsanforderungen, und sie unterliegen in England einer geringeren oder gar keiner Besteuerung [11]. Deshalb darf der wohltätige Zweck nicht mit anderen Motiven durchsetzt sein. Politische Intentionen, gewinnorientierte Ziele oder auch eine zu kleine, unmittelbar begünstigte Personengruppe lassen den charitable trust selbst dann nichtig werden, wenn dieser gleichzeitig auch einen *charitable intent* verfolgt [12].

**2.3.3 Aufsicht.** Da es bei einem charitable trust keine spezifischen Begünstigten gibt, die ihn durchsetzen könnten, untersteht er der Aufsicht einer unabhängigen nichtstaatlichen dreiköpfigen Behörde, der sog. *Charity Commission*. Diese wacht auf dem Hoheitsgebiet von England und Wales über die Konformität von charitable trusts und nimmt dabei u. a. folgende Aufgaben wahr: die Registrierung der charitable trusts, die Überwachung der Verwaltung und Konten (inklusive Buchführung), die Beratung der trustees bei Unklarheiten sowie die Untersuchung und Sanktionierung von Missbräuchen [13].

**2.3.4 Doctrine of cy-près.** Da die charitable trusts auf unbeschränkte Zeit aufgesetzt werden können, ist nicht auszuschliessen, dass deren Zweck mit der Zeit dahinfällt, Begünstigte wegfallen, Erträge zur Zweckerfüllung nicht mehr ausreichen oder dass sich ein Überschuss bildet, dessen Verwendung nicht geregelt ist. Für solche Fälle wurde von der englischen Rechtsprechung die *doctrine of cy-près* [14] entwickelt. Sie befugt die Gerichte, in den oben genannten

«Das Institut des Trusts besteht aus Trust-Arten, welche zahlreichen Zwecken gewidmet sein können.»

Situationen anzuordnen, dass das Trust-Vermögen so eingesetzt wird, dass es dem ursprünglichen, vom Erblasser bestimmten Zweck am nächsten kommt. Kann jedoch dem Willen des Erblassers keine Absicht zur Gemeinwohlförderung entnommen werden, ist eine letztwillige Verfügung unwirksam [15].

### 3. GEGENÜBERSTELLUNG DER GEMEINNÜTZIGEN STIFTUNG UND DES CHARITABLE TRUSTS

**3.1 Gemeinsamkeiten und Unterschiede.** Die gemeinnützige Stiftung [16] hat nebst der Zweckwidmung mit dem Trust gemeinsam, dass Vermögen ausgeschieden sowie selbstständig wird [17]. Demgegenüber besteht der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsvehikeln darin, dass der Stiftung – im Gegensatz zum Trust – eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, wodurch sie bei ihrer Gründung zur juristischen Persönlichkeit und Eigentümerin des Vermögens wird [18]. Dem Trust hingegen steht grundsätzlich keine eigene Handlungs- und Vermögensfähigkeit zu. Diese liegt vielmehr beim trustee, welcher als Eigentümer das Vermögen für den Trust hält und darüber waltet [19]. Ferner ist die Stiftung in der Regel einem wohltätigen Zweck gewidmet und hat nur selten einen wirtschaftlich motivierten Hintergrund [20]. Der charitable trust dient ebenfalls einem wohltätigen Zweck [21] und unterliegt in England daher einer geringen oder gar keiner Besteuerung [22], ähnlich wie die gemeinnützigen Stiftungen in der Schweiz. Zudem hat der charitable trust mit der gemeinnützigen Stiftung gemeinsam, dass beide von einer externen Behörde beaufsichtigt werden. Schliesslich sei noch erwähnt, dass die Stiftung keiner zeitlichen Begrenzung unterworfen ist und somit in der Theorie für die Ewigkeit existiert, was bei einem Trust grundsätzlich nicht der Fall ist [23]. Auch darin zeigt sich die Nähe des charitable trust zur gemeinnützigen Stiftung, da bei diesem die *rule against perpetuity* gerade nicht zur Anwendung kommt [24].

### 3.2 Kodifizierung eines gemeinnützigen oder philanthropischen Trusts in der Schweiz

**3.2.1 Allgemeines.** Institutionen aus anderen Rechtsordnungen können grundsätzlich auf zwei verschiedene Wege in das eigene positive Recht einfließen. Entweder erfolgt eine Rezep-



tion durch die Kodifikationsstätigkeit des Gesetzgebers oder durch höchstrichterliche Rechtsprechung [25]. Auch wenn die Schweizer Gerichte einige Urteile bezüglich Trusts gefällt haben [26], scheint die Rezeptionsmöglichkeit durch

*«Um den Trust – bzw. in concreto: den charitable trust – einzuführen, käme die Vollrechtsrezeption, die Rezeption durch Nachbildung oder die sog. funktionale Annäherung infrage.»*

höchstrichterliche Rechtsprechung wenig realistisch. Denn der Trust stellt ein fremdes Rechtsinstitut dar, welches zudem auf einer anderen Rechtsordnung beruht [27]. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen ausschliesslich die Rezeption mittels Kodifikation, da sich hierzulande der Gesetzgeber schon seit geraumer Zeit mit dem Rechtsinstitut des Trusts befasst [28].

**3.2.2 Rezeptionsmöglichkeit für die Schweiz.** Um den Trust – bzw. in concreto: den charitable trust – in die Schweizer Rechtsordnung einzuführen, stehen dem Gesetzgeber Kodifikationsstätigkeiten von unterschiedlicher Intensität zur Verfügung. Hierfür käme die *Vollrechtsrezeption*, die *Rezeption durch Nachbildung* oder die sog. *funktionale Annäherung* infrage [29]. Welche Rezeptionsmöglichkeit am besten geeignet wäre, um einen gemeinnützigen oder philanthropischen Trust in unserer Rechtslandschaft zu kodifizieren, wird hier nicht weiter erläutert [30]. Vielmehr wird nachfolgend anhand der Aufsicht, der steuerrechtlichen Eigenheit und der Zweckänderungsmöglichkeit beim charitable trust untersucht, wie bspw. diese drei Punkte hierzulande im Zusammenhang mit einem Trust-ähnlichen gemeinnützigen bzw. philanthropischen Rechtsinstitut zu gestalten wären.

**3.2.2.1 Aufsicht.** Den bisherigen Ausführungen zufolge hat der charitable trust mit der gemeinnützigen Stiftung gemeinsam, dass er von einer unabhängigen Behörde beaufsichtigt wird [31]. Die Gründe der Unterstellung dieser beiden Rechtsvehikel unter eine Aufsicht sind vielschichtig [32]. Gleichfalls wäre die Beaufsichtigung eines Trust-ähnlichen gemeinnützigen bzw. philanthropischen Rechtsinstituts zu begrüssen. Damit würde nämlich dessen Zweckverwirklichung unter Schutz gestellt, womit der öffentliche Glaube in dieses Rechtsinstitut gestärkt würde. Dessen Beaufsichtigung würde nebst den privaten [33] auch den öffentlichen Interessen dienen [34]. Ferner könnte die Überlegung angebracht sein, ob aus Praktikabilitätsgründen nicht ausschliesslich ein Aufsichtsgremium, z. B. auf eidgenössischer Ebene, über dieses Vehikel wachen sollte. Denn sowohl der charitable trust als auch die gemeinnützige Stiftung verfolgen im Grunde genommen letztlich einen wohlthätigen Zweck. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz könnte beispielsweise abgeleitet werden, dass beide Vehikel der gleichen Aufsichtspraxis einer Behörde unterstellt wären. Dies hätte ge-

genüber verschiedenen Aufsichtsbehörden (bspw. beim Bund, dem Kanton und der Gemeinde) den Vorteil, dass sich eine einheitliche Aufsichtspraxis entwickeln könnte.

**3.2.2.2 Zweckänderung.** Was die Zweckänderung und Zweckanpassung betrifft, sei bezüglich des charitable trust auf die doctrine of cy-près verwiesen [35] und hinsichtlich der gemeinnützigen Stiftung auf Art. 86a Abs. 1 und Abs. 2 ZGB. Nach Abs. 1 der genannten Bestimmung kann die zuständige Bundes- oder Kantonsbehörde den Zweck einer Stiftung auf Antrag des Stifters oder aufgrund von dessen Verfügung von Todes wegen ändern, wenn in der Stiftungsurkunde eine Zweckänderung vorbehalten worden ist und seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten, vom Stifter verlangten Änderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind. Art. 86a ZGB ermöglicht also dem Stifter, der Stiftung unter bestimmten Voraussetzungen eine neue Ausrichtung zu verleihen. Für Stiftungen, die einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck nach Art. 56 lit. g *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)* verfolgen, hält Art. 86a Abs. 2 ZGB zudem fest, dass auch der geänderte Zweck öffentlich oder gemeinnützig (im Sinne des Bundessteuerrechts) sein sollte. Diese steuerlich motivierte Einschränkung ist in der Lehre kritisiert worden [36]. Dennoch ist die Zweckänderung bei der ge-

#### ANZEIGE

Recht aktuell



### «6. Basler Stiftungsrechtstag – Stiften und spenden», 29. März 2019, Basel

- Stiften, spenden und sponsern – Eine rechtliche Auslegung (Dr. Harold Grüninger, LL.M.)
- Kapitalgesellschaften als Spender (Prof. Dr. Thomas Jutzi, LL.M.)
- Zweckgebundene Spenden (Dr. Dr. Thomas Sprecher, LL.M.)
- Die Stiftung als Spenderin – Die Sicht der Destinatäre (Prof. Dr. Georg von Schnurbein)
- Lauterkeitsrechtliche Anforderungen an das Einwerben von Spenden (Prof. Dr. Peter Jung)
- Steuerliche Behandlung von Spenden (Prof. Dr. Andrea Opel)
- Der Schweizer Stiftungsreport: Zahlen und Fakten (Prof. Dr. Georg von Schnurbein)
- Das «neue» Datenschutzrecht – Bedeutung für die schweizerischen Stiftungen:
  - Der rechtliche Rahmen: Schweiz, Europarat, EU (Prof. Dr. Beat Rudin)
  - Herausforderungen für die Stiftungen (Dr. Lukas von Orelli)

Auskünfte und Anmeldungen:

**Recht-Aktuell-ius@unibas.ch oder [www.recht-aktuell.ch](http://www.recht-aktuell.ch)**

meinnützigen Stiftung – sofern der geänderte Zweck öffentlich oder gemeinnützig ist – flexibler als nach der doctrine of cy-près [37], so kann der Stifter nach Art. 86a ZGB unter den gegebenen Voraussetzungen in seiner Urkunde selbst einen Zweckänderungsvorbehalt vorbringen. Bei der Ein-

sein, wenn diese vor allem im Ausland tätig ist. Selbst wenn die Stiftung nur im Einzelfall im Ausland tätig ist, können die betreffenden Förderleistungen weiteren Auflagen unterstellt werden [40]. Im Zusammenhang mit Stiftungsratsmitgliedern können die Steuerbehörden auch ein ehrenamtliches Tätigwerden verlangen, was in der Lehre kritisiert wird [41]. Aus den bisherigen Ausführungen ist zu folgern, dass nebst der Steuerbefreiung eines Trust-ähnlichen philanthropischen bzw. gemeinnützigen Rechtsinstituts eine flexiblere Handhabung betreffend Auslandsausschüttungen oder die Vergütung von trustees angebracht wäre.

*«Die Einführung des Trusts in die schweizerischen Gesetzbücher könnte als Gelegenheit genutzt werden, um auch über die Einführung eines philanthropischen bzw. gemeinnützigen Trusts zu debattieren.»*

führung eines Trust-ähnlichen philanthropischen bzw. gemeinnützigen Rechtsinstituts wäre es daher sinnvoll, wenn nebst der vorgesehenen Möglichkeit der Zweckänderung diese auch flexibler ausgestaltet würde.

3.2.2.3 Steuerbefreiung. Charitable trusts unterliegen in England einer geringen oder gar keiner Besteuerung [38], ähnlich wie die gemeinnützigen Stiftungen in der Schweiz [39]. Hierzulande spielen steuerliche Vorgaben u. a. eine Rolle bei der Formulierung des Zwecks und der Frage der Honorierung des Stiftungsrats. So können Steuerbehörden in der Behauptung der Gemeinnützigkeit einer Stiftung zurückhaltend

#### 4. ERGEBNIS

Wie ausgeführt wurde, hat sich die Welt der Philanthropie verändert. Es ist an der Zeit, eine Diskussion über neue Rechtsinstitute zu führen. Die Einführung des Trusts in die schweizerischen Gesetzbücher könnte somit als Gelegenheit genutzt werden, um auch über die Einführung eines philanthropischen bzw. gemeinnützigen Trusts zu debattieren. Es wurde aufgezeigt, dass sich der charitable trust und die gemeinnützige Stiftung in einigen wesentlichen Punkten (Aufsicht, Steuerbefreiung und Zweckänderung) ähnlich sind. Die Einführung eines Trust-ähnlichen gemeinnützigen bzw. philanthropischen Rechtsinstituts käme insbesondere philanthropischen Projekten zugute. Sie wäre eine Ergänzung für die gemeinnützige Stiftung – insbesondere dort, wo diese an ihre Grenzen stösst. Im jetzigen Zeitpunkt bleibt also zu hoffen, dass auch der gemeinnützige bzw. philanthropische Trust in diese Diskussionen rund um die Einführung des Trusts mit einbezogen wird. ■

**Anmerkungen:** 1) Parlamentsdienste, Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 25. Oktober 2018. Abrufbar unter: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch). 2) Paolo Bernasconi, Es ist Zeit für einen Schweizer Trust, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 20. April 2018; Tetiana Bersheda, Trusts suisses: les Chambres ont compris l'enjeu, in: Le Temps vom 6. Mai 2018, Michael Fischer, Natalie Peter, Nachlassplanung – der Trust ist keine gute Lösung für die Schweiz, in: NZZ vom 24. Mai 2018. 3) Georg von Schnurbein, Steffen Bethmann, Philanthropie in der Schweiz, Schriftenreihe CEPS Forschung und Praxis, Band 1, Basel 2010, S. 4; Daniela Schönenberger, Venture Philanthropie, Basel 2011, S. 19. 4) Georg von Schnurbein, Plädoyer für neue Rechtsformen, Die Stiftung, September 2018, S. 11. 5) Vgl. Die Philanthropie wird professioneller, Interview mit Denis Pittet, Lombard Odier, Schweiz am Puls, 1. Halbjahr 2018, S. 40 ff. 6) Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 9. 7) Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich, 2017, S. 58 ff. und 69. 8) Ders., S. 70 f. und 83. 9) Matthias Seiler, Trust und Treuhand im Schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 38. 10) Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 39. 11) David Hayton, The Law of Trusts, 4. Aufl., London 2003, S. 110 ff.; Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 39. 12) George Taylor Bogert, Trusts, 6. Aufl., St. Paul (Minnesota), 1987, S. 204 ff.; Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich,

2017, S. 95 ff. 13) David Hayton, The Law of Trusts, 4. Aufl., London 2003, S. 113. 14) «Cy-près»: Sog. dem alten Zweck nahe. 15) Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 39. 16) Bei der gemeinnützigen Stiftung handelt es sich um Vermögen mit einer eigener Rechtspersönlichkeit, das vom Stifter zu einem von ihm bestimmten und dauernden Zweck ausgetrennt und verselbstständigt wird; Dominique Jakob, Art. 80 ZGB N 2 ff., in: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar Zivilgesetzbuch, Basel 2018. 17) Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 102; Peter Böckli, Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, Sonderdruck aus der Zeitschrift Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (gesKR) 3/2007, Zürich, S. 17 f. 18) Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 102. 19) Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 70. 20) Deshalb besteht auch für die Stiftung grundsätzlich eine Eintragungspflicht in ein öffentliches Register, Vgl. Art. 81 Abs. 2 ZGB. 21) Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich 2005, S. 70; Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 103. 22) Vgl. 2.3.2. 23) Peter Böckli, Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, Sonderdruck aus der Zeitschrift Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (gesKR) 3/2007, Zürich, S. 16. 24) Vgl. 2.3.2. 25) Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 369. 26) Vgl. Auflistung der Urteile von

Schweizer Gerichten zu Trusts. Abrufbar unter [www.trust.ch](http://www.trust.ch). 27) Vgl. Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 376. 28) Vgl. 1.1.; Luc Thévenoz, Trusts en Suisse, Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie, Zürich, 2001 m.w.H. 29) Vgl. Roman Cincelli, Der Common Law Trust, Zürich 2017, S. 369 ff. 30) Vgl. Luc Thévenoz, Proposition pour un trust suisse, SZW/RSDA 2/2018, S. 99 ff. m.w.H. 31) Vgl. 2.3.3. und 3.1.; Vgl. für die gemeinnützige Stiftung, Harold Grüninger, Art. 84 ZGB N 5 m.w.H., in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., 2014 Basel u. a. 32) Vgl. für die gemeinnützige Stiftung: BSK-Harold Grüninger, Art. 84 ZGB N 1 m.w.H.; BGE 105 II 70. 33) Damit sind die Interessen des settlers gemeint, der an einer möglichst nahen Realisierung seines formulierten Zweckes interessiert ist. 34) Vgl. für die klassische Stiftung: Dominique Jakob, Schutz der Stiftung, Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, Tübingen 2006, S. 241 ff. 35) Vgl. 2.3.4. 36) Thomas Sprecher, Stiftungsrecht in a nutshell, Zürich 2017, S. 164 f. 37) Vgl. 2.3.4. 38) Vgl. 2.3.2. 39) Vgl. Art. 56 lit. g DBG, Art. 23 Abs. 1 lit. f und g Staatsgerichtshof (StGH); Kreis Schreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Juli 1994 Nr. 12 betreffend Steuerbefreiung für juristische Personen. 40) Vgl. Thomas Sprecher; Stiftungsrecht in a nutshell, Zürich 2017, S. 191 und 193. 41) Ders., 193 ff.

# IRZ – Die Fachzeitschrift für Internationale Rechnungslegung

Bestens gerüstet für die Praxis der internationalen Rechnungslegung

Mit der IRZ sind Sie zuverlässig über alle neuen Ereignisse und Regelungen rund um die internationale Rechnungslegung informiert. Die IRZ schafft Sicherheit bei Bilanzierung und Bilanzpolitik, Reporting und Controlling, Bilanzanalyse und Prüfung. Mit vielen Praxishinweisen, Tabellen und Zusammenfassungen, Serviceteil und regelmässigem Stellenmarktbarometer sowie Expertenkommentar zu herausragenden Themen.

Ab sofort müssen Sie die neuesten IFRS-Nachrichten nicht mehr mühsam aus zahlreichen Quellen zusammensuchen: Die IRZ bietet Ihnen monatlich das aktuellste Fachwissen und praxisgerechtes Know-how.

C. H. BECK in Gemeinschaft mit den Verlagen Franz Vahlen, München / Linde, Wien / EXPERTSUISSE, Zürich

**Bestellen Sie Ihr Jahresabonnement der IRZ im EXPERTSUISSE Webshop: [www.expertsuisse.ch/shop](http://www.expertsuisse.ch/shop)**

- Preis Jahresabonnement: 285 CHF
- Preis Jahresabonnement für EXPERTSUISSE und SVIR Mitglieder: 225 CHF
- Erscheinung: 11-mal jährlich
- Sprache: Deutsch



Im Jahresabonnement  
inbegriffen:  
Ein persönlicher Login für  
die Online-Datenbank  
«IRZ Direkt»



Wirtschaftsprüfung  
Steuern  
Treuhand

# QUALIFICATION JURIDIQUE DES SOCIAL IMPACT BONDS

## Sous l'empire de la LSFIn

La loi fédérale sur les services financiers (LSFin), qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, définira les termes d'«instrument financier» et de «valeur mobilière». Les Social Impact Bonds sont une nouvelle source de financement d'initiatives philanthropiques qui pourrait connaître un développement significatif à l'avenir. Cette contribution examine comment ces opérations de levée de fonds devraient être qualifiées à l'aune du nouveau cadre réglementaire suisse.

### 1. INTRODUCTION

La nouvelle loi fédérale sur les services financiers (LSFin), destinée à entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, introduira une définition du terme d'«instrument financier» (art. 3 (a) LSFIn), qui constitue l'une des pierres angulaires du nouveau cadre réglementaire. L'une des sous-composantes de la catégorie des instruments financiers est la «valeur mobilière», dont la définition – qui figure à l'heure actuelle à l'art. 2 (b) de la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) – sera reprise à l'art. 3 (b) LSFIn.

Un produit d'investissement qualifié d'«instrument financier» et/ou de «valeur mobilière» devra remplir certaines exigences documentaires avant de pouvoir être proposé à des investisseurs localisés en Suisse. À l'avenir – tout comme du reste déjà sous l'empire de la réglementation actuelle – la question de la qualification réglementaire du produit d'investissement est une question fondamentale qui doit être examinée en amont du lancement de tout projet de levée de capitaux.

Cette question se pose avec une acuité particulière s'agissant des *Social Impact Bonds* (SIB), qui représentent une nouvelle source de financement pour des organisations à but non lucratif. Même s'il n'est, à l'heure actuelle, pas acquis que les SIB gagneront en popularité durant ces prochaines années (au-delà des projets ponctuels qui ont d'ores et déjà été initiés [1]), il paraît intéressant d'examiner comment un SIB doit être qualifié à l'aune des définitions réglementaires

d'«instrument financier» et de «valeur mobilière» qui figurent dans la LSFIn. La présente contribution a pour objectif d'apporter une première réponse à cette question.

L'on relèvera que cette question n'aura, à ce stade en tout cas, pas une réponse unique, dans la mesure où les SIB constituent un produit d'investissement relativement nouveau et dont les caractéristiques n'ont pas encore été standardisées. Ces différences structurelles auront un impact sur la qualification réglementaire.

Dans le cadre de cette contribution, nous évoquerons, dans un premier temps, les principales caractéristiques d'un SIB (2.), avant de présenter les définitions réglementaires d'«instrument financier» et de «valeur mobilière» au sens de la LSFIn, ainsi que les principales obligations documentaires qui en découlent (3.). Nous examinerons ensuite comment des SIB devraient être appréciés à l'aune de ces définitions réglementaires (4.), avant de conclure (5.).

### 2. PRÉSENTATION DU CONCEPT DE SIB

Ces dernières années ont vu émerger les SIB, une nouvelle forme de financement destinée aux projets à caractère social, environnemental ou de développement.

Un SIB réunit trois principaux groupes d'acteurs: (i) les investisseurs (généralement appelés les *Social Investors*), (ii) les financeurs (généralement appelés les *Outcome Funders*) et (iii) des organisations à but non lucratif [2]:

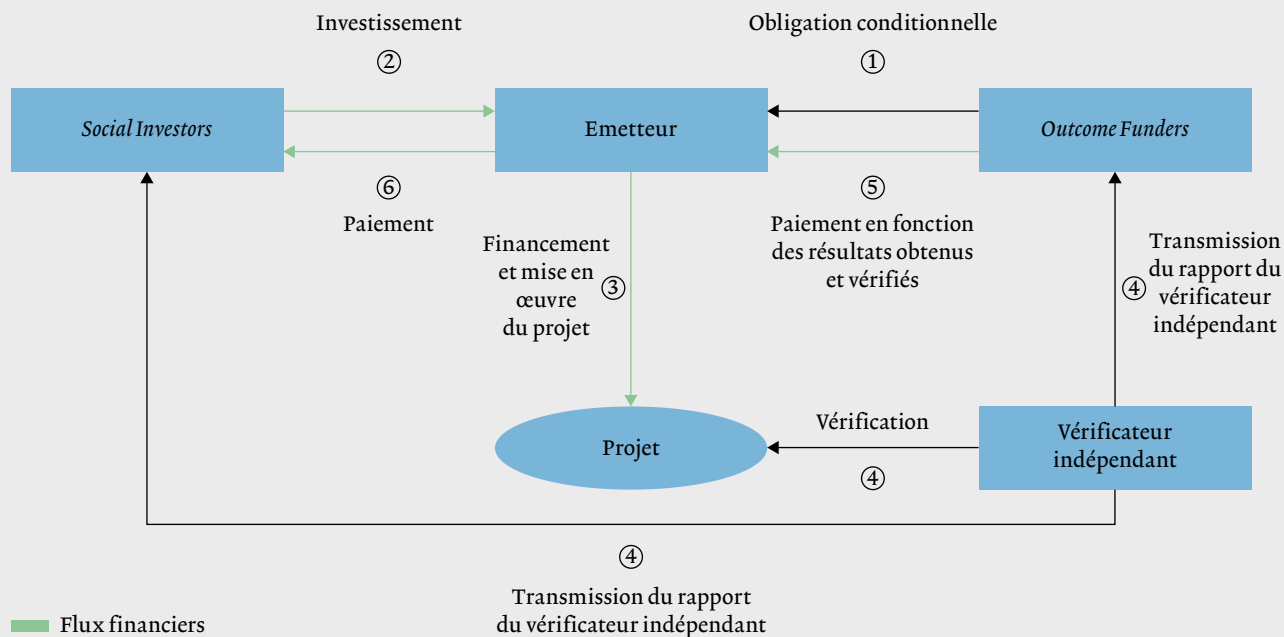
→ Les *Social Investors* mettent des fonds à la disposition d'une organisation à but non lucratif en vue d'obtenir un rendement financier qui est déterminé en fonction du «résultat» atteint par un projet mis en œuvre par cette organisation. De manière simplifiée, un «résultat» qui dépasse une valeur de référence pré-agrèée (*benchmark*) déclenchera une rémunération de l'investissement des *Social Investors*, alors qu'un «résultat» en-dessous de ce *benchmark* peut donner lieu à un rendement négatif pour les *Social Investors*. Les termes du SIB prévoient généralement que le «résultat» (qui conditionne le paiement dû aux *Social Investors*) sera confirmé par un vérificateur indépendant. Même si le vérificateur n'est pas un ac-



PHILIPP FISCHER,  
LL.M., HARVARD LAW  
SCHOOL, AVOCAT,  
OBERSON ABELS SA,  
GENÈVE, ACADEMIC  
FELLOW DU CENTRE EN  
PHILANTHROPIE  
DE L'UNIVERSITÉ DE  
GENÈVE



Graphique: **MÉCANISME D'UN SIB**



teur direct du mécanisme, il joue un rôle-clé dans la mesure où il lui incombe de vérifier le «résultat» du projet mis en œuvre par l'organisation à but non lucratif.

→ Les *Outcome Funders*, quant à eux, s'engagent à effectuer, à la fin de la mise en œuvre du projet, une contribution dont le montant varie en fonction du «résultat» atteint par le projet. Dans la perspective des *Outcome Funders*, un «résultat» qui dépasse le *benchmark* impliquera une contribution plus élevée, alors qu'un «résultat» en-dessous du *benchmark* entraînera une contribution moins importante. En d'autres termes, dans la mesure où la contribution (à fonds perdu) des *Outcome Funders* intervient à la fin du projet (qui a été préfinancé par les *Social Investors*), cette contribution pourra être calibrée en fonction du «résultat» atteint. D'ordinaire, une organisation à but non lucratif sollicitera un financement en amont du lancement du projet. Ce financement ne peut donc pas être calibré en fonction du «résultat» atteint *in fine*.

→ Les organisations à but non lucratif pilotent le projet, qu'elles peuvent mettre en œuvre grâce au financement initial mis à disposition par les *Social Investors*. Au terme du projet, ces derniers seront remboursés par les contributions des *Outcome Funders*. Dans certains cas, en cas d'échec du projet, les termes du SIB peuvent prévoir que le montant reçu des *Outcome Funders* sera inférieur au montant dû aux *Social Investors*, la différence devant être financée par l'organisation elle-même (qui est donc soumise à une incitation directe d'œuvrer en faveur de la réussite du projet) (cf. *graphique*).

Bien que le terme «bonds» (obligations) figure dans l'appellation usuellement utilisée pour ce type de produits d'investissement, les explications ci-dessus montrent que leur fonctionnement s'écarte de celui d'«obligations» au sens traditionnel, dans lesquelles un émetteur lève des capitaux auprès d'investisseurs. La structure d'un SIB s'articule en ré-

alité autour de deux faisceaux d'accords, l'un entre l'organisation à but non lucratif et les *Outcome Funders*, et l'autre entre l'organisation à but non lucratif et les *Social Investors*. Ces deux faisceaux d'accords prévoient des flux financiers dont le montant dépend de la réalisation d'un certain résultat. Le terme de *Social Impact Bonds* semble toutefois s'être imposé dans la pratique et sera utilisé dans le cadre de cette contribution pour désigner le rapport contractuel qui unit l'organisation à but non lucratif et les *Social Investors*.

Les SIB doivent être distingués des *Green Bonds*, soit des levées de capitaux dans lesquels l'émetteur s'engage à utiliser le produit de l'émission pour financer un projet à caractère environnemental. Dans le cadre d'un *Green Bond*, l'émetteur prend un engagement spécifique quant à l'utilisation des fonds et s'oblige à publier un rapport rendant compte aux investisseurs de l'évolution de ce projet [3]. Le *Green Bond* est un mécanisme bilatéral entre un investisseur et un émetteur, alors que, comme indiqué ci-dessus, le SIB met en jeu trois groupes d'acteurs, soit (i) l'organisation à but non lucratif (émetteur), (ii) les *Social Investors* (investisseurs) et (iii) les *Outcome Funders*.

Depuis le lancement du premier SIB au Royaume-Uni en 2010, environ 70 SIBs ont été initiés dans le monde à ce jour. En Suisse, le premier SIB a été lancé en 2015 dans le canton de Berne et vit un groupe d'entrepreneurs, les autorités cantonales et l'association Caritas joindre leurs forces dans le cadre d'un projet visant à soutenir l'intégration, sur le marché du travail, de personnes bénéficiant du statut de réfugié et de personnes admises à titre provisoire en Suisse. Par ailleurs, en septembre 2017, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a émis un SIB intitulé «Program for Humanitarian Impact Investment» [4]. Ce projet vise à financer la construction et l'exploitation de trois centres de réadaptation physique en République démocratique du Congo, au Mali et au

Nigeria. Les fonds levés auprès des *Social Investors* sont destinés à couvrir les coûts de formation du personnel, ainsi que la mise en œuvre de nouvelles mesures d'organisation interne au sein de ces centres. L'efficacité (dans les nouveaux centres) sera mesurée sur la base du ratio entre (i) le nombre de personnes qui auront reçu des aides à la mobilité et (ii) le nombre de professionnels par centre. Le résultat de ce calcul sera comparé à une valeur de référence (*benchmark*), établie sur la base des valeurs recensées dans des centres de réadaptation physique d'ores et déjà établis. Si les résultats des nouveaux centres n'atteignent pas la valeur de référence, les *Social Investors* perdront un certain pourcentage de leur investissement initial. Si, en revanche, la valeur de référence est dépassée, les *Social Investors* recevront une prime en sus du remboursement du montant initialement investi.

### 3. DÉFINITIONS RÉGLEMENTAIRES FIGURANT DANS LA LSFIN

L'une des notions fondamentales de la LSFIn est le concept d'«instrument financier» (§ 3.1). La LSFIn reprend également le concept de «valeur mobilière», qui figure déjà dans la réglementation financière actuelle (§ 3.2). Ces définitions réglementaires peuvent avoir des conséquences du point de vue de l'obligation de préparer un prospectus (§ 3.3) et/ou une feuille d'information de base (§ 3.4). En sus, l'éventuelle documentation préparée en lien avec un projet de financement aura un impact sur sa qualification juridique à l'aune de la réglementation bancaire (§ 3.5).

**3.1 Instrument financier (art. 3 (a) LSFIn).** La notion d'«instrument financier» est définie à l'art. 3 (a) LSFIn et comprend une série de sous-catégories, dont les suivantes semblent principalement pertinentes dans l'optique de la présente contribution:

- *titres de participation* (art. 3 (a) (1) LSFIn): ce terme regroupe les valeurs mobilières [5] qui confèrent des droits de participation et de vote dans des sociétés, à savoir principalement l'action (art. 622 CO), le bon de participation (art. 656a CO) et le bon de jouissance (art. 657 CO), de même que les valeurs mobilières qui incorporent le droit d'acquérir des actions ou des titres assimilables à des actions (emprunts convertibles).
- *Titres de créance* (art. 3 (a) (2) LSFIn): ce terme comprend toutes les valeurs mobilières qui ne sont pas des «titres de participation» selon la définition figurant ci-dessus. Ainsi, sont des titres de créance notamment les titres d'emprunt, les produits structurés (également mentionnés spécifiquement à l'art. 3 (a) (4) LSFIn) et les produits dérivés (également mentionnés spécifiquement à l'art. 3 (a) (5) LSFIn).
- *Obligations* (art. 3 (a) (8) LSFIn): les obligations représentent des parties d'un prêt global, toutes soumises à des conditions uniformes en termes de taux d'intérêt, de prix d'émission, de durée, de délai de souscription et de couverture [6]. L'emprunteur conclut des contrats individuels distincts avec plusieurs prêteurs. Le caractère abstrait et standardisé du contrat de prêt sous-jacent confère aux obligations une certaine négociabilité. A noter que la plupart des obligations devraient également tomber sous le coup de la définition de «titre de créance» qui figure à l'art. 3 (a) (2) LSFIn et de la défini-

tion de «valeur mobilière» au sens de l'art. 3 (b) LSFIn (cf. § 3.2 ci-dessous).

**3.2 Valeur mobilière (art. 3 (b) LSFIn).** Le concept de «valeur mobilière» constitue la clé de voûte des nouvelles règles en matière de prospectus, dont l'impact sera résumé au § 3.3 ci-dessous. L'art. 3 (b) LSFIn reprend à l'identique la définition de «valeur mobilière» qui figure dans le droit actuel (art. 2 (b) LIMF) et qui comprend les 4 catégories suivantes:

- les papiers-valeurs;
- les droits-valeurs;
- les dérivés; et
- les titres intermédiés,

pour autant que ces instruments financiers soient «standardisés [et] susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché». Cette dernière exigence est explicitée à l'art. 2 (1) de l'ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF), qui prévoit les deux critères alternatifs suivants:

- les valeurs doivent être structurées et fractionnées de la même façon et offertes au public; ou
- les valeurs doivent être vendues à plus de 20 clients, pour autant que ces valeurs ne soient pas créées spécialement pour certaines contreparties.

### 3.3 Obligation de préparer un prospectus (art. 35 ss LSFIn)

(a) *Principe.* À teneur de l'art. 35 (1) LSFIn, la publication préalable d'un prospectus sera nécessaire en cas (i) d'offre au public en Suisse en vue de l'acquisition de valeurs mobilières ou (ii) de demande que des valeurs mobilières soient admises à la négociation sur une plateforme de négociation au sens de l'art. 26 (a) LIMF.

À noter que ces règles s'appliquent également à l'émetteur non-suisse qui procède à une offre au public en Suisse [7]. La portée concrète de cette application extraterritoriale du droit suisse devrait toutefois rester limitée, dans la mesure où certains prospectus établis selon le droit étranger devraient également être reconnus en droit suisse (art. 54 LSFIn) [8].

Dans le cadre de la présente contribution, l'hypothèse (i) («offre au public») est particulièrement pertinente. Si la définition légale figurant à l'art. 3 (h) LSFIn est peu explicite («offre au public: toute offre adressée au public»), le Message du Conseil fédéral fixe un *critère qualitatif* en indiquant que l'offre au public vise toutes les situations dans lesquelles une offre ne s'adresse pas à «un cercle restreint de personnes» [9].

(b) *Exceptions.* Les art. 36 à 38 LSFIn contiennent une liste d'exceptions à l'obligation de préparer un prospectus. Pour les besoins de la présente contribution, on retiendra en particulier qu'il peut être dérogé à l'obligation de préparer un prospectus d'émission si:

- l'offre s'adresse uniquement à des clients professionnels au sens de l'art. 4 (3) LSFIn (art. 36 (1) (a) LSFIn);
- l'offre est destinée à moins de 500 investisseurs (l'art. 36 (1) (b) LSFIn formalise ainsi un *critère quantitatif* pour l'exception du placement privé);
- l'offre s'adresse à des investisseurs acquérant des valeurs mobilières pour une valeur minimale de CHF 100 000 (art. 36 (1) (c) LSFIn);

- l'offre présente une valeur nominale d'au moins CHF 100 000 (art. 36 (1) (d) LSFIn); ou
- l'offre ne dépasse pas une valeur totale de CHF 8 millions de francs, calculée sur une période de douze mois (art. 36 (1) (e) LSFIn).

### 3.4 Obligation de préparer une feuille d'information de base (art. 58 ss LSFIn)

(a) *Principe.* L'obligation de préparer une feuille d'information de base (FIB) doit s'analyser de manière indépendante de celle de préparer un prospectus [10]. La FIB vise à permettre aux clients de recevoir les informations dont ils ont besoin pour prendre une décision de placement en connaissance de cause et pour comparer différents instruments financiers [11]. Une feuille d'information doit en principe être établie préalablement à l'offre d'instruments financiers visant des clients privés au sens de l'art. 4 (2) LSFIn.

(b) *Exceptions.* L'art. 59 (1) LSFIn prévoit que l'obligation de préparer une FIB ne s'applique pas à toute offre (i) de valeurs mobilières sous forme d'actions (y compris les valeurs mobilières assimilables à des actions qui confèrent des droits de participation, tels que les bons de participation ou les bons de jouissance) et (ii) de titres de créance n'ayant pas le caractère de dérivés. Cette dernière exception, qui pourrait avoir vocation à s'appliquer en présence d'un SIB, devrait être précisée comme suit aux art. 86 (2) et (3) du projet d'ordonnance sur les services financiers (P-OSFin):

→ Par titres de créance *ayant le caractère de dérivés* (et déclenchant donc l'obligation de préparer une FIB en cas d'offre à des clients privés), on entend les dérivés et les titres de créance dont le profil de paiement est structuré comme celui des dérivés au sens de l'art. 2 (c) LIMF. Le critère déterminant est que la valeur d'un titre de créance fluctue en fonction d'un ou de plusieurs actifs sous-jacents;

→ La catégorie des titres de créance *n'ayant pas le caractère de dérivés* (et donc ne déclenchant pas l'obligation de préparer une FIB en cas d'offre à des clients privés) comprend les titres de créance classiques, ainsi que les titres de créance dont la valeur est calculable et prévisible pour des clients privés bien qu'elle s'appuie sur des actifs sous-jacents, à savoir notamment:

- les obligations avec taux d'intérêt reposant sur les taux de référence;
- les obligations avec protection contre l'inflation (le taux d'intérêt minimum des obligations avec protection contre l'inflation est adapté au renchérissement et augmente ou diminue en conséquence.);
- les obligations avec droits de remboursement ou d'achat anticipés;
- les emprunts à coupon zéro (le produit d'intérêts correspond à la différence entre le prix d'émission et le prix de remboursement).

**3.5 Qualification de dépôt du public au sens de la réglementation bancaire.** La réglementation bancaire suisse connaît une définition large de l'activité bancaire soumise à réglementation. Doit en particulier bénéficier d'une autori-

sation bancaire quiconque accepte des dépôts du public à *titre professionnel* ou fait appel au public pour les obtenir (art. 2 (1) de l'ordonnance sur les banques (OB)). Agit à titre professionnel celui qui accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel

*«L'obligation de préparer une feuille d'information de base (FIB) doit s'analyser de manière indépendante de celle de préparer un prospectus.»*

au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20, sauf si le montant des dépôts ne dépasse pas CHF 1 million et si les autres exigences de la *regulatory sandbox* sont remplies (art. 6 OB).

Le concept-clé est donc la notion de «dépôt du public», qui englobe tous les passifs, hormis si l'un des *carve-outs* réglementaires s'applique [12]:

→ Dans sa version actuelle, l'art. 5 (3) (b) OB précise que les emprunts par obligations (et instruments financiers similaires) ne tombent pas sous le coup de la définition de «dépôt du public» si les créanciers sont informés conformément à l'art. 1156 du Code des obligations (CO), à savoir la norme qui régit, dans le droit actuel, l'obligation de préparer un prospectus en lien avec des titres de créance.

→ Dans le cadre de l'adoption du P-OSFin, il est prévu de modifier l'art. 5 (3) (b) OB afin de prévoir que les emprunts par obligations et les autres obligations émises sous une forme standardisée et diffusées en grand nombre ou les droits ayant la même fonction (droits-valeurs) ne sont pas considérés comme des dépôts du public, «lorsque les créanciers sont informés dans une feuille d'information de base conforme à la [LSFin]». À l'avenir, la préparation d'une FIB devrait ainsi constituer un moyen d'échapper à la qualification de «dépôt du public» et donc à la soumission de l'émetteur à la réglementation bancaire.

## 4. CRITÈRES DE QUALIFICATION PERTINENTS POUR LA CLASSIFICATION RÉGLEMENTAIRE DES SIB

Il résulte de ce qui précède que la qualification réglementaire d'un SIB dépendra des caractéristiques de chaque produit considéré:

A. Les projets de SIB simples, impliquant un nombre très limité de *Social Investors*, pourront vraisemblablement être structurés sous la forme de simples contrats de prêt, pour autant que ces contrats ne tombent pas (i) sous la définition d'«obligation» (cf. sous-section B. ci-dessous), ce qui constitue un risque non-négligeable, et/ou (ii) sous la définition de «valeur mobilière», ce qui semble représenter un risque moins élevé (cf. sous-section C. ci-dessous).

B. Dès lors que la relation contractuelle entre l'émetteur et chaque *Social Investor* correspond à une «part» d'un emprunt

global qui est subdivisé en tranches soumises à des conditions uniformes (s'agissant p. ex. du taux d'intérêts, du prix d'émission, de la période de souscription, des modalités de remboursement ou de la durée), le SIB tombera très vraisem-

«À l'avenir, la préparation d'une FIB devrait ainsi constituer un moyen d'échapper à la qualification de «dépôt du public» et donc à la soumission de l'émetteur à la réglementation bancaire.»

blement dans la catégorie des «obligations», celle-ci étant un sous-ensemble des «instruments financiers» (art. 3 (a) (7) LSFIn).

La principale conséquence qui découle de cette qualification réglementaire est la nécessité d'analyser si le SIB doit faire l'objet d'une FIB, ce qui pourrait être le cas si le SIB est offert à des clients privés [13]. À notre avis, le SIB devrait être qualifié de «titre de dette n'ayant pas le caractère de dérivés» (art. 59 (1) LSFIn/art. 86 (2) et (3) P-OSFin), vu que la valeur du SIB structuré sur la base du modèle présenté au § 2 ne fluctue pas en fonction d'un actif sous-jacent [14].

Au vu de ce qui précède, même si le SIB devait être qualifié d'«obligation» (et donc d'«instrument financier»), la LSFIn ne devrait pas imposer la préparation d'une FIB. En revanche, dans un tel cas de figure, l'émetteur (soit l'organisation à but non lucratif) devrait envisager la préparation *volontaire* d'une FIB afin d'écarter le risque réglementaire découlant de l'éventuelle qualification du SIB en tant que «dépôt du public» [15].

C. Même si, à notre connaissance, une telle situation ne s'est pas encore réalisée en pratique, il serait théoriquement envisageable que l'émetteur (soit l'organisation à but non-lucra-

tif) émette le SIB sous la forme d'une «valeur mobilière» au sens de l'art. 3 (b) LSFIn, probablement par l'émission de droits-valeurs au sens de l'art. 973c CO.

Dans les projets connus de l'auteur, les *Social Investors* ne disposaient pas de la possibilité de céder librement les droits découlant du SIB, car l'émetteur se réservait la possibilité de procéder à un *background check* avant d'approuver le transfert au cessionnaire. À notre avis, cette absence de libre négociabilité [16] fait échec à la qualification de «valeur mobilière», en raison du fait qu'un tel produit financier est impropre à être «diffusé en grand nombre sur le marché» (art. 3 (b) LSFIn).

La principale conséquence qui découlerait de la qualification d'un SIB en tant que «valeur mobilière» serait la nécessité d'examiner (i) si le SIB fait l'objet d'une offre au public et (ii), dans l'affirmative, si le SIB peut bénéficier d'une exception à l'obligation de préparer un prospectus. Un SIB structuré sous forme de valeur mobilière pourrait notamment bénéficier de l'exception du placement privé (art. 36 (1)(b) LSFIn), dans la mesure où ce type de produit est généralement proposé à moins de 500 investisseurs.

## 5. CONCLUSION

La qualification réglementaire du SIB sous l'empire de la LSFIn constituera, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020, une étape très importante en vue du lancement de tels produits d'investissement, car cette qualification aura des conséquences sur la documentation qui devra être préparée et sur les modalités en vertu desquelles les *Social Investors*, qui constituent un maillon essentiel de la chaîne du SIB, peuvent être approchés.

Plus généralement, la préparation d'une FIB et/ou d'un prospectus peut générer des coûts significatifs (*upfront costs*) qui doivent être supportés par l'émetteur (une organisation à but non lucratif) en amont du lancement d'un projet qui vise précisément à lever des fonds en vue de la réalisation du projet [17]. L'émergence de ce type de produits d'investissement devrait – espérons-le – engendrer une certaine standardisation de la documentation contractuelle et donc réduire les coûts de transaction (*transaction costs*) qui constituent, à l'heure actuelle, l'un des principaux freins à la multiplication de ce type d'initiatives. ■

**Notes:** 1) Cf. les exemples évoqués au § 2 ci-dessous. 2) Pour un aperçu plus détaillé, cf. Roxanne Oroxom/Amanda Glassman/Lachlan McDonald, Structuring and Funding Development Impact Bonds for Health: Nine Lessons from Cameroon and Beyond, CGD Policy Paper, Washington, DC 2018 (<https://www.cgdev.org/publication/structuring-funding-development-impact-bonds-for-health-nine-lessons>) et Simon Brunschwig/Philipp Fischer, Swiss Legal and Tax Implications of Social Impact Bonds, in: Jusletter, édition du 22 janvier 2018. 3) Cf. International Capital Market Association, Green Bond Principles, juin 2018 (<https://www.icmagroup.org/green-social-and-sustainability-bonds/green-bond-principles-gbp/>). 4) Cf. CICR, Création de la première «obligation à impact humanitaire» pour transformer le financement de l'assistance dans les pays touchés par des conflits, 6 septembre 2017 (<https://www.icrc.org/fr/document/creation-de-la-premiere-obligation-impact-humanitaire-pour->

transformer-le-financement-de). 5) Cf. § 3.2 ci-dessous. 6) Cf. la définition donnée par le Tribunal fédéral dans les ATF 113 II 283 (c. 5a) et ATF 113 II 528 (c. 4a). 7) Patrick Schleiffer/Patrick Schärli, Ausnahmen von der Prospektspflicht unter dem künftigen Finanzdienstleistungsgesetz, GesKR 2018 pp. 155, 4. 8) Le Message du Conseil fédéral du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) (ci-après: «Message LSFIn/LEFin») indique que la possibilité d'une approbation automatique pourrait notamment s'appliquer aux prospectus établis selon le droit de l'UE ou le droit américain (FF 2015 8101, 8181). 9) Message LSFIn/LEFin, FF 2015 8148. Le Message précise également qu'une publicité à caractère général ne sera normalement pas considérée comme une offre, faute de contenir des informations concrètes sur l'instrument financier. En revanche, une publicité à caractère général peut constituer une offre si les infor-

mations sont suffisamment détaillées pour permettre aux investisseurs d'accepter l'offre (ibid.). Cf. à ce sujet Diana Imbach/François Rayroux, Funds Distribution under FinSA/FinIA: A change of paradigm, CapLaw 2018 64, p. 5. 10) Pour des informations additionnelles, cf. Patrick Schleiffer/Patrick Schärli (note 7), 8. 11) Message LSFIn/LEFin, p. 8183. 12) Circulaire FINMA 2008/3 (Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires), N 10. 13) Cf. la définition figurant à l'art. 4 LSFIn. 14) Cf. § 3.4(b) ci-dessus. 15) Cf. § 3.5 ci-dessus. 16) La négociabilité, qui découle de l'exigence de standardisation, est l'une des caractéristiques des valeurs mobilières (Lucia Gomez Richa/Joël Veuve, Les titres intermédiaires et leurs instruments financiers sous-jacents, GesKR 2010 pp. 655, 9). 17) Pour ce motif, les SIB paraissent, pour l'heure, inaccessibles à des organisations à but non lucratif de taille réduite ou ne bénéficiant pas d'un *track record* établi.



HENRY PETER  
BENOÎT MERKT

# UTILITÉ PUBLIQUE ET ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

## Possibilités et limites de l'exonération fiscale

**Les entités à but non lucratif – dont la fondation et l'association sont les principales formes juridiques en Suisse – n'ont pas l'interdiction de se livrer à une activité lucrative. La plupart d'entre elles exercent d'ailleurs bien une telle activité, au même titre que d'autres acteurs économiques. Les limites posées à cet égard par l'administration fiscale sont restrictives, et pas toujours justifiées.**

### 1. INTRODUCTION

La «commercialisation» du secteur des entités à but non-lucratif est une tendance générale qui s'observe depuis plusieurs décennies. De plus en plus souvent, des entités à but non lucratif génèrent, par le biais d'activités économiques, des revenus afin de financer la poursuite de leur but d'utilité publique.

Cette évolution est légitime et doit être encouragée. Seule la distribution de profits en faveur de membres de ces personnes morales (dans la mesure où de tels membres existent) est interdite. Pour nombre d'entités à but non lucratif, le recours à des activités commerciales génératrices de revenu est en effet essentiel afin de financer leurs actions et limiter leur dépendance à l'égard de soutiens financiers provenant de l'État et/ou de la philanthropie privée.

Selon l'opinion dominante en Suisse, cette évolution doit néanmoins respecter certaines limites. En effet, une commercialisation excessive du secteur «non-profit» pourrait inciter les entités à but lucratif (sujettes à l'impôt) à se prévaloir du fait qu'elles sont victimes d'une distorsion de concurrence ou d'une concurrence déloyale de la part d'entités à but non lucratif (exonérées d'impôt), dès lors que ces dernières exercent une activité lucrative concurrente qui serait en quelque sorte subventionnée par l'État (du fait de l'exonération d'impôt), ce qui violerait le principe de la *neutralité concurrentielle* de l'État.

La présente contribution est consacrée aux possibilités et limites à l'exercice d'activités commerciales par des associations ou des fondations [1]. Pour ce faire, nous commencerons par rappeler très brièvement certaines notions générales de droit civil (cf. 2). Plusieurs distinctions sont en effet nécessaires afin de cadrer le sujet. Nous traiterons ensuite plus en

détail des limitations fixées par le droit fiscal aux activités commerciales exercées par des fondations dans la mesure où celles-ci souhaitent être considérées comme étant d'utilité publique (cf. 3.). Ces limitations, qui résultent essentiellement d'une circulaire adoptée par l'administration fiscale il y a plus de 20 ans, sont en effet au cœur du sujet. Nous nous interrogerons en particulier sur le fondement de certaines des contraintes existantes, avant d'évoquer en conclusion des améliorations que nous considérons comme désirables (cf. 4.).

### 2. DROIT CIVIL

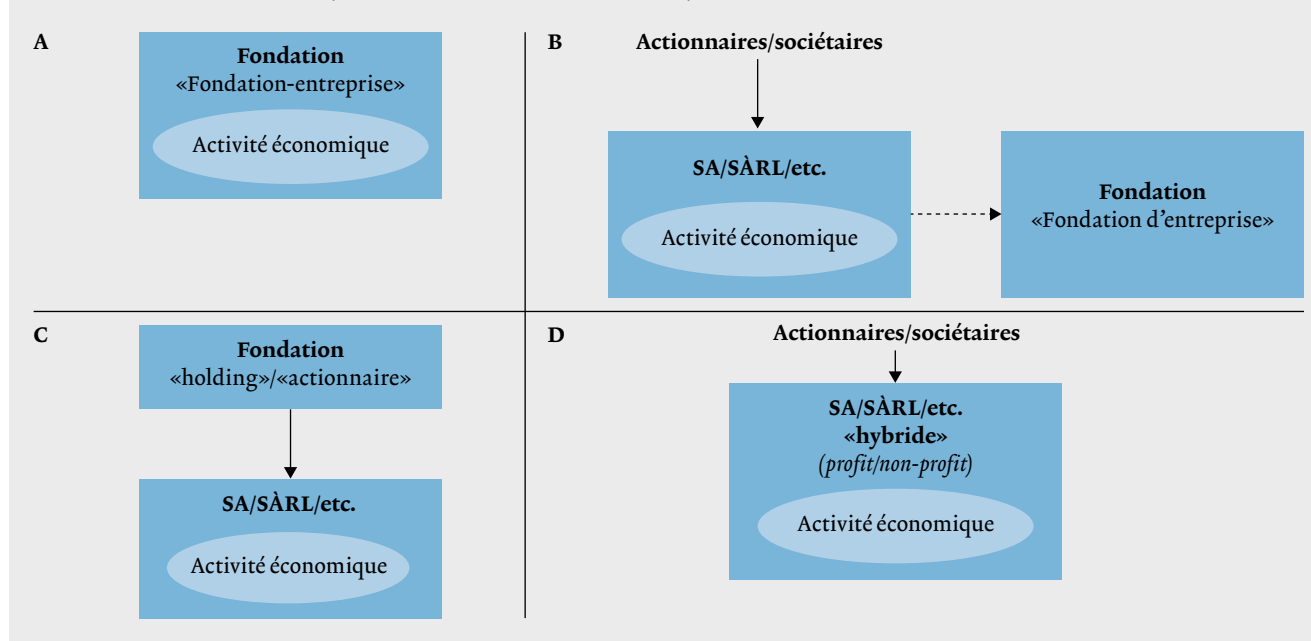
**2.1 Distinction entre «but économique» et «activité économique».** La notion de *but économique* – dit aussi parfois *but lucratif* – ne doit pas être confondue avec celle d'*activité économique*. Bien que classique en droit privé, cette distinction est parfois incomprise et source de confusion. Elle est prévue expressément dans la loi s'agissant des associations et des sociétés anonymes. Ainsi, à teneur de l'art. 61 al. 2 ch. 1 CC, «*Est tenue de s'inscrire (au RC) toute association qui, pour atteindre son but – qui, s'agissant d'une association, doit impérativement être idéal –, exerce une industrie en la forme commerciale*», c'est-à-dire exerce une activité économique. Le droit de la société anonyme prévoit pour sa part expressément à l'art. 620 al. 3 CO que «*la société anonyme peut être fondée aussi en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique*», c'est-à-dire un but qui n'est pas lucratif, mais idéal. Un but économique existe lorsque la personne morale concernée n'est qu'un moyen permettant à des tiers (typiquement ses actionnaires ou, plus généralement, ses bénéficiaires économiques) de percevoir sans justification idéale les profits ainsi générés [2]. Il convient de distinguer en substance le but (idéal



HENRY PETER,  
PROF. DR EN DROIT, AVOCAT,  
LL.M., PARTNER, KELLERHALS  
CARRARD, FACULTÉ DE  
DROIT,  
UNIVERSITÉ DE GENÈVE,  
DIRECTEUR DU CENTRE EN  
PHILANTHROPIE



BENOÎT MERKT,  
DR EN DROIT, AVOCAT,  
LL.M., PARTNER,  
LENZ & STAEHELIN,  
GENÈVE

Tableau: **UTILITÉ PUBLIQUE ET ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE**

[*not for profit*] ou lucratif [*for profit*]), d'une part, et les moyens (c'est-à-dire l'activité, éventuellement économique), exercés pour poursuivre ce but, d'autre part [3].

**2.2 Fondation et «but économique».** La fondation est définie à l'article 80 CC comme «*ayant pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial*». À l'exception de la fondation de famille, dont les buts admissibles sont limités [4], il n'y a, sous réserve du but illicite ou impossible à réaliser [5], pas de limitation au but qui peut être conféré à une fondation.

Dans un arrêt de principe de 2001, qui portait sur la licéité de l'un des buts d'une fondation, à savoir le maintien du caractère familial d'une entreprise [6], le Tribunal fédéral a

*«La notion de but économique – dit aussi parfois but lucratif – ne doit pas être confondue avec celle d'activité économique.»*

confirmé qu'en droit suisse une *fondation peut avoir un but économique*, mettant fin à une controverse doctrinale qui avait divisé les auteurs juridiques durant plusieurs décennies [7].

**2.3 Fondation et «activité économique».** Le plus souvent les fondations n'ont pas un but économique, mais un but idéal, ou en tout cas non lucratif [8]. Le débat ne porte ainsi pas tant sur la licéité du but économique des fondations du point de vue du droit civil (celle-ci étant acquise), mais sur les limites et contraintes posées par le droit fiscal aux *activités économiques* que peut exercer une fondation si elle souhaite être exonérée d'impôts. Seules en effet les fondations dont

le *but est d'utilité publique* (c'est-à-dire dont le but est en substance idéal) bénéficient d'une telle exonération.

Il convient, cela étant, de distinguer plusieurs cas de figures envisageables, selon qu'une fondation exerce elle-même directement une activité économique («*Fondation-entreprise*») ou qu'elle l'exerce indirectement à travers une filiale («*Fondation holding*» ou «*Fondation actionnaire*»).

**2.4 Hypothèses possibles.** Quatre cas de figure peuvent être distingués, en fonction de la manière dont on structure l'activité économique par hypothèse exercée et la ou les entités juridiques impliquées, dont nous avons vu qu'elles peuvent avoir un but lucratif ou idéal.

Dans les cas A et C ci-dessus (cf. *tableau*), une fondation à but non lucratif exerce une activité économique de manière directe (cas A) ou indirecte (cas C). Dans les cas B et D, une entité à but lucratif exerce elle-même une activité économique et soit (i) crée et finance une fondation afin de permettre à cette dernière de poursuivre un but idéal («*Fondation d'entreprise*») (cas B), soit (ii) poursuit elle-même à la fois un but lucratif et un but idéal («*entité hybride*») (cas D).

La présente contribution étant consacrée à l'activité économique exercée par une entité reconnue d'utilité publique, nous nous intéresserons ci-après exclusivement aux hypothèses A et C [9].

### 3. DROIT FISCAL

**3.1 Les conditions de l'exonération pour cause d'utilité publique.** Afin de pouvoir bénéficier d'une exonération de l'obligation de verser des impôts directs, une fondation doit être considérée comme poursuivant un but de «*service ou d'utilité publique*». Selon les articles 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID, sont en effet exonérées de l'impôt:

«les personnes morales qui poursuivent des buts de service public ou d'utilité publique, sur le bénéfice (et le capital) [10] exclusive-

ment et irrévocablement affecté(s) à ces buts. Des buts économiques ne peuvent être considérés en principe comme étant d'intérêt public. L'acquisition et l'administration de participations en capital importantes à des entreprises ont un caractère d'utilité pu-

*«La Circulaire N° 12 a une grande importance pratique, car elle concrétise la jurisprudence du Tribunal fédéral et est très généralement suivie par l'administration fiscale.»*

blique lorsque l'intérêt au maintien de l'entreprise occupe une position subalterne par rapport au but d'utilité publique et que des activités dirigeantes ne sont pas exercées.»

Aux termes de la loi, des buts économiques ne sont ainsi pas d'utilité publique. L'administration fédérale des contributions a élaboré dans sa Circulaire N° 12 du 8 juillet 1994 (*Circulaire N° 12*) les conditions d'exonération pour cause d'utilité publique d'une personne morale. Compte tenu de sa nature, la portée normative de la Circulaire N° 12 est relativement faible<sup>[11]</sup>. Elle a toutefois une grande importance pratique, car elle concrétise la jurisprudence du Tribunal fédéral et est très généralement suivie par l'administration fiscale.

Selon la Circulaire N° 12, plusieurs conditions rappelées ci-après doivent être remplies afin qu'une exonération pour cause d'utilité publique puisse être accordée. Le principe de base est que la personne morale concernée<sup>[12]</sup>, assujettie à l'impôt en Suisse<sup>[13]</sup>, doit se consacrer de *manière irrévocable* à un ou plusieurs *buts d'utilité publique* et affecter ses moyens de manière *exclusive et effective* à la réalisation de ce ou ces but(s)<sup>[14]</sup>.

#### → Un but d'intérêt général

La notion d'utilité publique requiert la poursuite d'un *but d'intérêt général*. La Circulaire N° 12 ne définit pas la notion de but d'intérêt général, mais précise que:

«les activités à caractère caritatif, humanitaire, sanitaire, écologique, éducatif, scientifique et culturel peuvent être considérées comme étant d'intérêt général [...]. Les principes d'éthique juridique qu'on trouve dans la constitution fédérale, mais aussi dans la législation et la jurisprudence suisses, constituent d'autres points de repères importants»<sup>[15]</sup>.

Il faut par ailleurs que le cercle des destinataires soit ouvert<sup>[16]</sup>. Ce n'est pas le cas lorsque ce cercle est limité par exemple aux membres d'une famille ou d'une association<sup>[17]</sup>. Cela ne signifie toutefois pas que le but de la fondation doit bénéficier à l'ensemble de la population ou à une majorité de celle-ci<sup>[18]</sup>.

#### → La notion de désintéressement

La notion d'*utilité publique* comporte également un aspect subjectif, qui réside dans l'absence d'intérêt personnel (le «*dé-*

*sintéressement*»)<sup>[19]</sup>. Une activité est désintéressée au sens du droit fiscal lorsqu'elle sert l'intérêt public et procède d'une démarche altruiste, au sens d'un dévouement à la communauté. Selon la pratique des autorités fiscales, tel est le cas lorsque deux conditions sont réalisées: un sacrifice de la part des membres du conseil de fondation, qui se manifeste par l'absence de rémunération<sup>[20]</sup> et, d'autre part, le fait que si la fondation, pour poursuivre son but, exerce une activité lucrative, celle-ci ne peut être qu'«accessoire»<sup>[21]</sup>.

Le critère de l'absence de rémunération des membres du conseil de fondations exonérées ne repose toutefois sur aucune base légale. Sa justification est au demeurant douteuse: le fait que les dirigeants d'une fondation (membres du conseil de fondation ou directeur[s]) sont rémunérés n'affecte en effet en rien le but de la fondation elle-même. Des doutes quant au bien-fondé de cette exigence ont d'ailleurs déjà été soulevés en Suisse, en particulier lorsque les responsabilités endossées par les membres du conseil et les compétences requises de ceux-ci sont élevées<sup>[22]</sup>.

C'est ce qui a du reste incité l'ancien Conseiller aux États Luc Recordon à déposer deux interpellations concernant la rémunération des membres de conseils de fondation<sup>[23]</sup>. En réponse à la première, par laquelle le Conseil fédéral était invité à définir dans quelle mesure les membres d'un conseil de fondation peuvent être rémunérés, celui-ci souligne que «selon les circonstances, un professionnalisme rémunéré est préférable à un amateurisme bénévole. La rémunération doit cependant favoriser la réalisation du but de la fondation notamment en renforçant le professionnalisme de sa gestion. Par ailleurs, elle doit tenir compte des responsabilités et des compétences des membres du conseil ainsi que des moyens de la fondation»<sup>[24]</sup>.

Dans sa deuxième interpellation<sup>[25]</sup>, Luc Recordon demandait au Conseil fédéral de confirmer que l'exonération des fondations en matière d'impôts directs (fédéraux et cantonaux) ne requiert pas qu'elles ne rémunèrent pas les membres de leur conseil de fondation. Dans sa réponse, le Conseil fédéral se réfère aux recommandations à l'attention des admi-

*«Une activité est désintéressée au sens du droit fiscal lorsqu'elle sert l'intérêt public et procède d'une démarche altruiste, au sens d'un dévouement à la communauté.»*

nistrations fiscales cantonales de la Conférence suisse des impôts<sup>[26]</sup>. Ces recommandations prévoient notamment que l'activité ordinaire d'un membre de conseil de fondation relève du bénévolat, ce qui signifie que seuls les frais effectifs, les dépenses en espèces et les frais de déplacement peuvent être indemnisés. Des jetons de présence peuvent être versés, lorsqu'ils ne dépassent pas les montants alloués pour des tâches publiques similaires<sup>[27]</sup>. En revanche, en présence d'activités de membres de conseils de fondation qui excèdent le cadre ordinaire de leur fonction d'un point de

vue quantitatif ou qualitatif, une compensation appropriée peut leur être versée. En effet, une compensation ne va pas à l'encontre de la notion de désintéressement, dans la mesure où la fondation devrait à défaut recourir aux services de tiers qui seraient rémunérés à un tarif en vigueur dans le milieu professionnel [28].

Le Conseil fédéral ne s'oppose dès lors pas au principe d'une compensation des membres de conseils de fondation, même lorsque la fondation est exonérée [29].

Au demeurant, le Conseiller aux États Werner Luginbühl a déposé une initiative parlementaire en 2014 [30] qui propose que l'exonération fiscale ne soit ni refusée, ni retirée aux organisations d'utilité publique qui versent des honoraires appropriés aux membres de leurs organes de direction stratégique [31]. Le processus législatif à ce sujet est en cours.

Il est à nos yeux souhaitable que les membres du conseil de fondations exonérées puissent être adéquatement rémunérés pour leurs activités. Aucune justification ne s'y oppose fondamentalement. En particulier, le fait qu'une fondation ait un but idéal ne présuppose pas nécessairement que ses organes opèrent bénévolement. Rémunérer les organes de façon appropriée crée d'ailleurs une opportune incitation à ce que des personnes compétentes acceptent de consacrer le temps et les efforts nécessaires à une tâche qui peut être lourde et complexe, et de surcroît à endosser les responsabilités qui en découlent.

#### → Autres exigences générales

Les fonds utilisés en vue de la poursuite du but d'intérêt public doivent être *irrévocablement* mis à la disposition de l'entité [32]. Tout retour au fondateur, aux donateurs ou aux membres du conseil est dès lors exclu. En cas de dissolution de l'entité, son éventuel capital restant doit être entièrement dévolu à une autre entité bénéficiant de l'exemption et qui poursuit un but d'utilité publique similaire.

L'activité exonérée de l'impôt doit en outre être menée *exclusivement* en faveur du but d'utilité publique pour lequel l'entité concernée a été exonérée [33]. L'objectif de celle-ci ne doit pas être lié à des buts lucratifs ou à d'autres intérêts de l'entité. Ce critère rappelle ainsi que l'entité exonérée peut mener des activités génératrices de revenus, pour autant que ses revenus soient utilisés pour réaliser le but d'utilité publique.

Enfin, l'activité doit être menée *effectivement*. L'entité ne peut se limiter à prétendre qu'elle poursuit les buts pour lesquels elle a été exonérée; elle doit agir dans ce sens. L'autorité de surveillance compétente, de même que l'administration fiscale, vérifient que tel est bien le cas à l'occasion de leur examen du reporting annuel de la fondation.

### 3.2 Les conditions particulières d'exonération concernant la fondation-entreprise. La Circulaire N° 12 souligne que l'absence de but lucratif ou d'assistance mutuelle est nécessaire à l'octroi d'une exonération fiscale [34]. Selon la Circulaire N° 12:

«il y a but lucratif lorsqu'une personne morale en situation réelle de concurrence ou de monopole économique engage des capitaux et du travail pour obtenir un bénéfice et exige, pour ses presta-

tions, une rétribution analogue à celle qui est payée d'ordinaire dans la vie économique» [35].

Conceptuellement, l'extrait susmentionné de la Circulaire N° 12 est à notre sens erroné et imprécis à plusieurs égards. Tout d'abord, la Circulaire N° 12 semble *confondre les notions de but lucratif et d'activité économique* [36]. Nous avons en effet vu qu'une fondation ayant un but lucratif ne saurait être exonérée. Ensuite, elle assimile les situations de concurrence à celles de monopole, ce qui n'est pas en phase avec les principes du droit de la concurrence. Enfin et surtout, la défini-

---

*«Le critère de l'absence de rémunération des membres du conseil de fondations exonérées ne repose toutefois sur aucune base légale. Sa justification est au demeurant douteuse.»*

tion donnée à la notion de but lucratif est erronée. Ou plus exactement, l'extrait susmentionné de la Circulaire N° 12 ne définit pas la notion de but lucratif, mais tente plutôt de formuler (de manière inadéquate) une exigence de neutralité concurrentielle de l'activité économique de fondations exonérées. En d'autres termes, elle vise à veiller à ce que l'activité économique des fondations (exonérées) respecte la neutralité concurrentielle garantie par l'État lorsque cette activité est en concurrence avec d'autres acteurs économiques (non exonérés). C'est en ce sens à juste titre que le Tribunal fédéral a formulé l'exigence de neutralité concurrentielle dans son arrêt 2C\_251 du 17 août 2012. Dans cet arrêt en effet, le Tribunal fédéral a énoncé deux conditions relatives à l'exonération fiscale en présence d'une activité économique menée par une fondation ayant un but d'utilité publique:

#### → Absence d'activité commerciale prépondérante (considérant 3.1)

Notre haute Cour a tout d'abord jugé que l'activité économique d'une fondation exonérée ne doit pas être prépondérante par rapport à l'ensemble des moyens mis en œuvre par cette fondation dans le cadre de la poursuite de son but d'utilité publique [37]. L'activité commerciale doit ainsi rester *accessoire* ou représenter une fonction auxiliaire et secondaire. Un indice d'activité accessoire est, selon le Tribunal fédéral, que cette dernière sert uniquement à couvrir les coûts de fonctionnement (sans marge bénéficiaire) de la personne morale exonérée [38].

#### → Respect du principe de neutralité concurrentielle (considérant 3.2)

Le Tribunal fédéral a ensuite imposé l'exigence que l'activité économique d'une fondation d'utilité publique (exonérée) respecte le principe de neutralité concurrentielle de l'État. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 27 Cst. garantit la liberté économique, en particulier le libre choix de la profession, l'accès à une activité économique privée et son libre exercice [39]. Le



principe de la neutralité concurrentielle de la taxation découle de la liberté économique [40]. Selon ce principe, les *concurrents directs*, notion qui désigne les entreprises de la même branche qui s'adressent à un même public au moyen du même type d'offre afin de satisfaire une même demande [41], doivent,

*«La poursuite du but d'utilité publique empêche la création d'un réel rapport de concurrence entre l'entité exonérée et les autres acteurs du marché.»*

dans le cadre de leurs activités économiques, être traités sur la même base de concurrence du point de vue de l'imposition. Ainsi, de notre point de vue, en présence d'une situation de concurrence directe entre les activités commerciales d'une fondation exonérée et celles d'un acteur économique non exonéré, l'activité commerciale de la fondation exonérée ne doit pas être prépondérante, mais rester accessoire et limitée au soutien de la réalisation du but d'utilité publique de la fondation [42]. Dans la mesure où une activité économique est annexe et nécessaire à l'atteinte du but d'utilité publique [43], l'exonération fiscale ne saurait avoir un effet de distorsion sur la concurrence. En effet, la poursuite du but d'utilité publique empêche la création d'un réel rapport de concurrence entre l'entité exonérée et les autres acteurs du marché [44].

La jurisprudence susmentionnée du Tribunal fédéral clarifie à nos yeux de manière utile deux exigences légitimes relatives à l'activité économique de fondations exonérées pour cause d'utilité publique. Nous sommes ici d'avis que les principes énoncés par notre haute Cour devraient être repris et thématiques dans une mise à jour de la Circulaire N° 12, la version actuelle étant erronée et source de confusion sur ces points.

### 3.3 Les conditions particulières d'exonération concernant la fondation-holding

Selon la Circulaire N° 12:

«Les purs placements de capitaux – même s'il s'agit de participations de plus de 50% à des entreprises – ne s'opposent plus à l'exonération de l'impôt, lorsque ces placements ne permettent pas d'exercer une influence déterminante sur la direction de l'entreprise. C'est notamment le cas lorsqu'un autre sujet de droit détient les droits de vote. La participation au capital ne doit par conséquent pas permettre d'influencer l'activité économique de l'entreprise concernée, ce qui implique une séparation claire entre le conseil de fondation et le conseil d'administration (qui doivent donc être indépendants l'un de l'autre), même si une personne assurant la liaison est tolérée.

En cas de participation importante, la loi exige en outre que l'intérêt visant au maintien de l'entreprise soit subordonné au but d'utilité publique. L'entreprise détenue doit donc fournir des contributions régulières et importantes à la fondation qui doit les consacrer effectivement à une activité altruiste et d'intérêt général, donc d'utilité publique» [45].

Ainsi, la fondation-holding (ou actionnaire) peut bénéficier d'une exonération fiscale si certaines conditions supplémentaires sont satisfaites, c'est-à-dire des conditions additionnelles par rapport aux conditions générales d'exonération. Ces exigences supplémentaires de la Circulaire N° 12 ont trait à une nette séparation en matière de gouvernance et à l'allocation des revenus générés par l'activité commerciale. Elles reposent sur l'idée que la participation est uniquement détenue par la fondation-holding exonérée dans le cadre de la gestion de son patrimoine [46]. L'idée sous-jacente est donc que, s'il devait être fait usage de la possibilité d'exercer une influence au-delà d'un certain degré, la fondation-holding poursuivrait elle-même un but lucratif (par l'intermédiaire de sa filiale), ce qui ne serait pas compatible avec les conditions de l'exonération fiscale rappelées ci-dessus.

Pour éviter des abus, la loi requiert en d'autres termes que la fondation-holding, afin d'obtenir et de maintenir le bénéfice d'une exonération fiscale, n'exerce pas une activité commerciale par le biais d'une entreprise qu'elle contrôle. Selon la Circulaire N° 12, ceci requiert une *séparation organisationnelle et personnelle* entre le conseil de fondation (de la fondation exonérée) et le conseil d'administration (de l'entreprise détenue). Une personne dite «de liaison» est toutefois tolérée.

En cas de participation importante, la loi exige en outre que l'intérêt au maintien de l'entreprise soit subordonné au but d'utilité publique. L'entreprise détenue (la filiale) doit donc fournir des contributions financières régulières et importantes à la fondation, celle-ci devant les consacrer effectivement à une activité altruiste et d'intérêt général répondant à la notion d'utilité publique.

A juste titre, la doctrine exprime des doutes quant à la mesure dans laquelle des dividendes doivent effectivement être régulièrement versés par l'entreprise sous-jacente (la filiale) à la fondation actionnaire [47]. Le versement de dividendes devrait en effet tenir compte de la situation concrète

*«La fondation-holding (ou actionnaire) peut bénéficier d'une exonération fiscale si certaines conditions supplémentaires sont satisfaites, c'est-à-dire des conditions additionnelles par rapport aux conditions générales d'exonération.»*

de la filiale. Certes, la survie de la filiale ne doit pas passer au premier plan dans le cas d'une fondation d'utilité publique. Toutefois, la fondation devrait disposer d'une certaine flexibilité quant à la politique de distribution de dividendes par la filiale afin d'éviter que celle-ci ne se trouve en difficultés financières [48]. À l'inverse, une fondation holding exonérée ne devrait pas servir à «subventionner» une entreprise en proie à des difficultés. Une telle pratique irait à l'encontre du principe de neutralité concurrentielle (cf. 3.2).

En revanche, l'exigence stricte de séparation personnelle entre les organes de la fondation et ceux de la filiale paraît critiquable, même si une personne de liaison est tolérée, car non-conforme aux principes de bonne gouvernance au sein de ce qui est de fait un groupe de sociétés, et étrangère à des considérations légitimes de bonne gestion des risques.

#### 4. CONCLUSIONS

La Circulaire N° 12 ayant été adoptée il y a 25 ans, une mise à jour serait bienvenue pour tenir compte de l'évolution du secteur des fondations, de la jurisprudence du Tribunal fédéral intervenue depuis lors et du fait qu'une certaine activité économique est devenue la norme, voire nécessaire pour bon nombre de fondations. Pour tenir compte également et peut-être surtout du caractère difficilement justifiable de certaines exigences posées par l'administration fiscale.

À notre sens, les points suivants mériteraient une attention particulière dans le cadre d'une mise à jour de la Circulaire N° 12:

→ La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de *liberté économique évoquée dans cet article* devrait être intégrée et thématifiée, la version actuelle de la Circulaire N° 12 n'étant pas en phase avec la jurisprudence de notre haute Cour relative à la neutralité concurrentielle de l'État;

- La notion de *désintéressement* des membres du conseil de fondation ne se justifie pas, ou en tout cas ne devrait pas aller jusqu'à requérir l'absence de rémunération s'agissant des grandes fondations dont la gestion requiert un investissement important en terme de temps, des compétences pointues, et impliquant des risques pouvant être significatifs; à défaut de compensation adéquate il est difficile de bénéficier des services de personnes dotées des meilleures compétences, ce qui est essentiel dans l'intérêt bien compris des fondations et donc de la poursuite de leur but d'utilité publique;
- Concernant la *fondation-entreprise*, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la notion d'*activité économique accessoire* devrait être reprise et élaborée;
- Concernant la *fondation-holding*, les exigences en matière de *séparation organisationnelle et personnelle* entre la fondation et l'entreprise détenue méritent d'être repensées en prenant en compte les standards en matière de bonne gouvernance, en particulier de meilleure prévention et gestion des risques; notamment l'exigence d'une (seule) «personne de liaison» est à nos yeux aujourd'hui inadaptée. ■

**Notes:** 1) Ces deux types de personnes morales sont, mutatis mutandis, soumises au même régime; nous nous concentrerons toutefois sur les fondations. 2) Kuster, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken, thèse Zurich, 1998, p. 204; Cf. Greter/Greter, in: Zweifel, Beusch (éd.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, Art. 56 N 31 et Urech, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 LIFD N 74. 3) Urech, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 LIFD N 75. 4) Selon l'art. 335 al. 1 CC, les fondations de famille seront destinées au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues. 5) Art. 52 al. 3 CC, 19 et 20 CO. 6) ATF 127 III 337, 340 c. 2b; voir aussi l'ATF 110 Ib 17, c. 3d, dans lequel le Tribunal fédéral a exposé sous la forme d'un obiter dictum que le droit civil, dans le respect du principe de la liberté des fondations, interdit uniquement les buts non licites et contraires aux mœurs, ainsi que l'ATF 75 II 81, dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé la licéité d'une fondation holding qui avait pour but la pérennité d'une Sàrl. 7) Pour une vue d'ensemble des différents courants doctrinaux, voir en particulier VEZ, in Pichonnaz, Foëx (éd.), Commentaire Romand Code Civil I, 2010 Bâle, art. 80 CC N 15. 8) ATF 120 II 137, c. 3d. 9) Les cas B et D mériteraient, il est vrai, également des réflexions, notamment du point de vue de l'exonération partielle dont peuvent bénéficier les entités hybrides (cas D, voir à ce propos Circulaire N° 12, p. 2). 10) L'exonération de l'impôt sur le capital se trouve exclusivement dans la LHID, étant donné qu'il n'existe pas d'impôt sur le capital au niveau fédéral. 11) Yersin/Aubry Girardin, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 2 LIFD N 8ss; ATF 133 II 305, c. 8.1. 12) Circulaire

N° 12, p. 2. 13) Urech, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 LIFD N 55. 14) Circulaire N° 12, p. 2s. 15) Circulaire N° 12, p. 2s. 16) Circulaire N° 12, p. 3; Greter/Greter, in: Zweifel, Beusch (éd.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, 3<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 N 30. 17) Circulaire N° 12, p. 3. 18) Urech, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 LIFD N 60. 19) Circulaire N° 12, p. 3s. 20) Conférence suisse des impôts, Exonération fiscale des personnes morales qui poursuivent des buts de service public, d'utilité publique ou des buts culturels/Déductibilité des libéralités, informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales du 18 janvier 2008, p. 38. 21) Circulaire N° 12, p. 3; Arrêt 2C\_251/2012 du 17 août 2012. 22) Jakob/Dardel/Uhl, Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2012, p. 54. 23) Interpellation 12.4063 déposée le 6 décembre 2012 au Conseil des États. 24) Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 12.4063 déposée le 6 décembre 2012 au Conseil des États. 25) Interpellation 13.3283 déposée le 22.3.2013 au Conseil des États. 26) Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 13.3283 déposée le 22.3.2013 au Conseil des États. 27) Conférence suisse des impôts, Exonération fiscale des personnes morales qui poursuivent des buts de service public, d'utilité publique ou des buts culturels/Déductibilité des libéralités, informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales du 18 janvier 2008, p. 38. 28) Idem, p. 38–39. 29) Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 13.3283 déposée le 22.3.2013 au Conseil des États. 30) Werner Luginbühl avait en outre déposé une motion parlementaire en 2009 (motion Luginbühl 09.344) qui avait donné lieu à un rapport du Conseil fédéral sur les aspects fiscaux et civils des fondations (Fondations. Renforcer l'attractivité de la Suisse Rapport proposant le classement de

la motion Luginbühl 09.344 du 20 mars 2009). 31) Initiative parlementaire 14.470 Werner Luginbühl. 32) Circulaire N° 12, p. 2. 33) Circulaire N° 12, pp. 2 et 5s. 34) Circulaire N° 12, p. 3. 35) Circulaire N° 12, p. 3. 36) Voir supra 2.1. 37) Arrêt du TF 2C\_251/2012 du 17 août 2012, c. 3.1.1. 38) Arrêt du TF 2C\_251/2012 du 17 août 2012, c. 3.1.1. 39) Arrêt du TF 2C\_251/2012 du 17 août 2012, c. 3.2.1. 40) Arrêt du TF 2C\_251/2012 du 17 août 2012, c. 3.2.1. 41) ATF 121 I 129, c. 3b; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar DBG, VB zu DBG N 98. 42) Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar DBG, Berne 2016, ad art. 56, N 41 et 46. 43) Arrêt du TF 2C\_251/2012 du 17 août 2012, c. 3.1.1. 44) Arrêt du TF 2C\_251/2012, c. 3.2.1; Reich, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, ASA 58, p. 490. 45) Circulaire N° 12, p. 4. 46) Reich, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, ASA 58, p. 491; Koller/Dias, Die Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen und die Wettbewerbsneutralität, in Breitschmid, Portmann, Rey, Zobl (éd.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 156 s.; Cf. Urech, in Noël, Aubry Girardin (éd.), Commentaire Romand de la loi fédérale sur l'impôt direct, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2017, art. 56 LIFD N 76. 47) Koller/Dias, Die Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen und die Wettbewerbsneutralität, in Breitschmid, Portmann, Rey, Zobl (éd.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 157. 48) Koller, Stiftung und Steuern, in: Riemer (éd.), Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, p. 83, Zurich 2001; Koller/Dias, Die Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen und die Wettbewerbsneutralität, in Breitschmid, Portmann, Rey, Zobl (éd.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 157.

# ACTIVITÉ À BUT LUCRATIF D'UNE ENTITÉ D'UTILITÉ PUBLIQUE EXONÉRÉE D'IMPÔT

## Notion et limites

**L'activité commerciale d'une entité fiscalement exonérée est soumise à des limites bien précises établies par le législateur. Le non-respect de ces limites entraîne un risque de perte du statut exonéré, avec toutes les conséquences en découlant (telle la non-déductibilité des dons versés en faveur des donateurs). Le fondement de cette condition d'exonération ainsi que ces limites font l'objet de la présente contribution.**

### 1. PHILANTHROPIE, UTILITÉ PUBLIQUE ET ACTIVITÉ À BUT LUCRATIF

En Suisse, les entités principalement actives dans le domaine de la philanthropie sont généralement exemptes d'impôt. En effet, selon le droit suisse, les personnes morales qui poursuivent des *but*s d'utilité publique sont exonérées de l'impôt sur le bénéfice (et sur le capital, au niveau cantonal) affecté exclusivement et irrévocablement à ces buts [1].

Le critère d'utilité publique, qui est expressément stipulé par la loi, revêt une importance centrale. En particulier, étant donné que la définition juridique de la philanthropie n'existe pas, ce critère est utilisé par le législateur pour délimiter le champ d'application du traitement fiscal spécifique lié aux activités philanthropiques. Si le critère d'utilité publique fait défaut, les incitations fiscales ne sont octroyées ni en ce qui concerne le donateur, ni en faveur de l'entité bénéficiaire. La notion d'utilité publique d'une activité exercée par une entité est ainsi une sorte de *définition de la philanthropie* sous l'angle du droit fiscal.

Malgré l'importance de cette définition, les lois fiscales donnent peu d'indications quant à la définition de l'activité d'utilité publique. Les art. 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID offrent seulement *deux indices*. Premièrement, des buts économiques ne peuvent en principe pas être considérés comme étant d'intérêt public. Deuxièmement, l'acquisition et l'administration de participations en capital importantes à des entreprises ont un caractère d'utilité publique seulement lorsque l'intérêt au maintien de l'entreprise occupe une posi-

tion subalterne par rapport au but d'utilité publique et que des activités dirigeantes ne sont pas exercées dans l'entreprise commerciale par l'entité exonérée. Des critères plus précis sont définis par les documents administratifs, la jurisprudence et la doctrine [2].

Selon la jurisprudence, l'exonération d'une personne morale sur la base de l'art. 56 let. g LIFD suppose la réalisation de trois conditions générales: (1) l'exclusivité de l'utilisation des fonds, (2) l'irrévocabilité de l'affectation des fonds, et (3) l'activité effective (*tatsächliche Tätigkeit*) de l'institution conformément à ses statuts [3]. En outre, l'exonération fondée sur la poursuite de buts d'utilité publique (*gemeinnützige Zwecke*) suppose le respect de deux conditions spécifiques: (4) l'exercice d'une activité d'intérêt général (*Allgemeininteresse*) en faveur d'un cercle ouvert de destinataires, et (5) le désintéressement (*Uneigennützigkeit*) [4]. La réalisation de toutes les conditions précitées conduit l'autorité fiscale à admettre qu'une personne morale poursuit réellement des buts d'utilité publique, selon les exigences de la loi, si bien qu'une exonération fiscale peut lui être accordée.

Il sied de constater que les seuls critères définissant dans la loi (contrairement à la jurisprudence et aux documents administratifs) le concept d'utilité publique, sont *l'absence de but lucratif et la restriction quant à l'acquisition et à l'administration de participations*. Or, ces conditions concernent différents aspects de l'exercice d'une activité visant à réaliser un gain par une entité exonérée, cela démontrant ainsi l'importance que le législateur accorde à cet aspect dans le système d'exonérations.

Du point de vue terminologique, il convient de noter que la doctrine, tout comme l'administration fiscale, utilise les termes «activité lucrative» [5] ou «activité à but lucratif» [6] (synonymes dans ce contexte) pour décrire une activité visant la recherche de gains, par opposition à une activité à but non lucratif (parfois également appelée «activité altruiste» [7]). Plus précisément, l'Administration fédérale des contributions définit une activité à but lucratif comme une activité dans laquelle

«une personne morale en situation réelle de concurrence ou de monopole économique engage des capitaux et du travail pour obtenir



GIEDRE LIDEIKYTE HUBER,  
DR.IUR., CHERCHEUSE  
AU SEIN DU CENTRE EN  
PHILANTHROPIE DE  
L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

un bénéficiaire et exige, pour ses prestations, une rétribution analogue à celle qui est payée d'ordinaire dans la vie économique.» [8] Cette définition est reprise par la doctrine [9].

## 2. EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ À BUT LUCRATIF

En droit suisse, les possibilités d'exercer une activité à but lucratif sont *relativement restreintes* pour une entité d'utilité publique. Dans les situations où une entité exonérée exerce

*«Dans ce champ particulier des exonérations fiscales, le critère d'utilité publique, qui est expressément stipulé par la loi, revêt une importance centrale.»*

une activité à but lucratif, il est souvent considéré que le critère de désintéressement mentionné ci-dessus fait défaut [10]. Ces limites viennent de la loi fédérale et cantonale précitée, et notamment des art. 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID, et sont interprétées par la jurisprudence.

Le Tribunal fédéral souligne régulièrement qu'une des principales raisons de cette restriction est *la préservation de la neutralité concurrentielle* et de *l'égalité de traitement des concurrents* dans le marché [11]. De manière générale, ne sont pas acceptables, pour les fins de l'exonération fiscale, les mesures qui ont pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre concurrents directs, au sens de personnes appartenant à la même branche économique, qui s'adressent au même public avec des offres identiques, pour satisfaire le même besoin [12]. En matière fiscale, ces principes ont pour but que l'impôt réduise la capacité économique d'agents économiques comparables de manière semblable [13], afin d'éviter des distorsions de la concurrence. Il faut ainsi que, sur le plan fiscal, la personne morale intervenant sur le marché soit placée sur la même base concurrentielle que les autres agents économiques [14].

La doctrine majoritaire partage l'opinion du Tribunal fédéral, en soulignant que l'exonération d'une entreprise commerciale est contraire au principe de la neutralité économique [15], même si celle-ci se consacre exclusivement à un but exonéré ou qu'elle affecte l'entier du bénéfice à ce but [16]. De telles entreprises doivent être imposées au même titre que celles ne poursuivant pas un but désintéressé [17]. En d'autres termes, le but statutaire d'une personne morale n'est pas déterminant de ce point de vue. Une entité affichant un but statutaire d'intérêt public, mais qui poursuit en réalité des activités à but lucratif, ne peut en principe bénéficier de l'exonération fiscale: une activité dont le but est la recherche de gains ne peut jamais être qualifiée d'utilité publique même si elle réinvestit son bénéfice dans des activités philanthropiques. En effet, ce n'est pas la destination, mais la source de ce bénéfice qui est déterminante.

Toutefois, en vertu du droit et de la pratique actuels (précisés notamment par les sources administratives et la jurisprudence), une personne morale exonérée dispose néanmoins

de *trois manières d'exercer une activité à but lucratif* sans perdre son exonération:

→ *Activité à but lucratif accessoire*

Une entité exonérée peut exercer une activité à but lucratif *directement*. La Circulaire N°12 ainsi que la doctrine indiquent expressément que toute activité lucrative ne conduit pas au refus de l'exonération [18]. Cette activité doit cependant être «tout au plus un moyen d'atteindre le but et ne saurait constituer la seule justification économique de la personne morale» [19]. Elle peut même, selon les circonstances (assez restrictives, selon les exemples de la Circulaire N°12), être indispensable pour atteindre le but d'intérêt général [20]. Toutefois, pour bénéficier de l'exonération, cette activité doit en principe rester subsidiaire par rapport à l'activité à but non lucratif de l'entité [21]. Par conséquent, une entité exonérée ne devrait pas compter sur l'exercice d'une telle activité à but lucratif pour créer une source d'autofinancement important, au risque de perdre son statut exonéré;

→ *Activité à but lucratif «filialisée»*

Une entité exonérée *peut détenir une participation dans une (ou plusieurs) sociétés commerciales* dont le but ou en tout cas l'effet est de jouer le rôle de source d'autofinancement. De manière générale, dans les situations de détention passive de participations, on estime que l'entité exonérée n'exerce pas une activité lucrative, mais qu'elle gère simplement son patrimoine [22]. S'agissant du seuil de participation dans le capital d'une entreprise commerciale, toutes les variantes sont théoriquement possibles. Une participation de moins de 50% n'est en principe pas problématique [23]. S'agissant des placements de capitaux excédant 50% du capital d'une entreprise commerciale, ils peuvent être admissibles dans le contexte de l'exonération fiscale lorsqu'ils ne permettent pas d'exercer une influence sur la direction de l'entre-

*«Une entité exonérée peut détenir une participation dans une (ou plusieurs) sociétés commerciales dont le but ou en tout cas l'effet est de jouer le rôle de source d'autofinancement.»*

prise [24]. Il sied encore de noter qu'en cas de participation importante, la loi exige expressément que l'intérêt de maintenir la société commerciale soit subordonné au but d'utilité publique [25]. Par ailleurs, l'entreprise détenue doit fournir des contributions régulières et importantes à l'entité exonérée, qui doit les consacrer effectivement à une activité d'utilité publique [26]. Une séparation nette doit alors être établie entre les deux entités, l'entité exonérée (ou ses organes) ne pouvant pas avoir d'activité dirigeante dans l'entreprise détenue [27]. Ce cas de figure (i.e. la filialisation d'une activité à but lucratif) est relativement intéressante pour l'autofinancement d'une entité exonérée, pour



autant que les conditions énumérées ci-dessus soient respectées;

→ Activité à but lucratif sujet à l'exonération partielle

Enfin, la possibilité existe de bénéficier d'une *exonération partielle*. Cette éventualité est prévue par l'administration fédérale des contributions dans sa Circulaire N° 12 et concerne les situations où les fonds des personnes morales exonérées ne peuvent être consacrés exclusivement et irrévocablement au but d'utilité publique [28]. Une exonération partielle est soumise à certaines conditions: premièrement, l'activité exonérée doit être *importante* (la Circulaire N° 12 ne précise toutefois pas comment mesurer l'importance de l'activité exonérée). Deuxièmement, les fonds pour lesquels l'exonération est demandée doivent être *clairement séparés* du reste de la fortune et des revenus [29]. En pratique, cela signifie que l'entité partiellement exonérée doit tenir des comptabilités distinctes pour les activités à but lucratif et non lucratif. Les bénéfices d'une activité commerciale d'une personne morale exonérée partiellement seront alors imposés selon le régime ordinaire.

Il convient de noter que les pratiques cantonales peuvent varier concernant le seuil d'activité commerciale tolérée, cette dernière étant susceptible d'être interprétée selon des critères différents.

D'une manière générale, le cadre légal suisse relatif à l'exonération des entités philanthropiques n'est pas conçu pour être appliqué à des modèles semi-philanthropiques, parfois appelés «hybrides», comportant une activité importante d'autofinancement direct. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue que les fondations et les associations ne bénéficiant pas d'exonération sont *imposées à un taux nettement inférieur* à celui des sociétés de capitaux et des coopératives. Le taux de l'impôt fédéral direct sur le bénéfice net des associations et fondations est ainsi de 4,25 % (alors qu'il est de 8,5 % pour ce qui est des sociétés de capitaux et des coopératives). Par ailleurs, le bénéfice n'est pas imposé lorsqu'il n'atteint pas CHF 5000 (art. 71 LIFD). À Genève par exemple, le taux

cantonal est légèrement progressif; il oscille selon le bénéfice imposable entre 5 et 10% (les sociétés de capitaux et les coopératives étant quant à elles soumises au taux de 10%) [30]. Par conséquent, même dans le cas où une exonération n'est pas accordée, ces entités bénéficient déjà de taux plus favorables

*«Même dans le cas où une exonération n'est pas accordée, ces entités bénéficient déjà de taux plus favorables que les sociétés habituellement utilisées pour l'exercice d'une activité à but lucratif.»*

que les sociétés habituellement utilisées pour l'exercice d'une activité à but lucratif, c'est-à-dire les sociétés de capitaux et les coopératives.

### 3. CONCLUSION

Le cadre légal suisse relatif aux entités fiscalement exonérées distingue clairement les activités à but lucratif et non lucratif. La volonté du législateur est d'exonérer uniquement les bénéfices générés par cette dernière catégorie, c'est-à-dire en présence d'une activité à but non lucratif. Des exceptions à la règle générale interdisant l'activité à but lucratif existent, mais elles sont restrictives et analysées au cas par cas par l'administration fiscale cantonale respective. Il est finalement intéressant de relever que le système d'incitations fiscales actuel n'est pas conçu pour être appliqué à des modèles semi-philanthropiques ou hybrides, comportant une activité importante d'autofinancement direct via une entité exonérée. Étant donné toutefois que les taux applicables aux entités le plus souvent utilisées dans le domaine de la philanthropie (fondations et associations) sont généralement plus bas, celles-ci bénéficient en toute hypothèse d'un certain allègement octroyé par le législateur. ■

**Notes:** 1) Art. 56, let. g de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD); art. 23 al. 1 let. f de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (642.14; LHID). 2) Un des principaux documents administratifs est la Circulaire N° 12 de l'Administration fédérale des contributions du 8 juillet 1994 relative à l'exonération de l'impôt pour les personnes morales poursuivant des buts de service public ou de pure utilité publique (ci-après: Circulaire N° 12). D'autres documents administratifs relatifs à l'interprétation de la notion d'utilité publique ainsi qu'à ses différents aspects sont émis par la Conférence suisse des impôts (CSI). Il s'agit notamment des Informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales «Exonération fiscale des personnes morales qui poursuivent des buts de service public, d'utilité publique ou des buts culturels. Déductibilité des libéralités» du 18.01.2008 (ci-après: les Informations) ainsi que des Informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales

«Exonération des institutions poursuivant des buts culturels» d'août 2010. S'agissant de la jurisprudence, les arrêts fédéraux et cantonaux sont nombreux à ce sujet, nous pouvons par exemple citer les arrêts du Tribunal fédéral 2C\_143/2013 du 16 août 2013, 2C\_251/2012 du 17 août 2012 et 2C\_592/2008 du 2 février 2009. 3) Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_143/2013 du 16 août 2013 consid. 3.3, 2C\_251/2012 du 17 août 2012 consid. 2.1, 2C\_592/2008 du 2 février 2009 consid. 2.3; Oberson, Droit fiscal suisse, N. 42 p. 221. 4) Urech, Commentaire romand sur l'impôt fédéral direct, 2017, ad. art. 56 LIFD N. 60, p. 1030. 5) Idem, N. 74, p. 1035; Circulaire N° 12, p. 6. 6) Circulaire N° 12, p. 5-6. 7) Idem, p. 4. 8) Idem, p. 3. 9) Urech, N. 74, p. 1035. 10) Urech, N. 72 p. 1034. 11) ATF 121 I 279, consid. 4 a et les références citées. 12) Ibidem. 13) Art. 127 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, RS 101. 14) Casanova, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, in Archives 71 [2002] p. 10. 15) Greter, ad art. 56 N. 38 p. 820, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum

schweizerischen Steuerrecht, 2 éd., 2008. 16) Urech, N. 74 P. 1035 avec renvoi à Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar DBG, as art. 56 N 41. 17) Ibidem. 18) Circulaire N° 12, p. 4; Urech, N. 75 p. 1035. 19) Circulaire N° 12, p. 4. 20) La Circulaire N° 12 cite des exemples comme exploitation d'un terrain agricole ou d'un atelier d'apprentissage par une maison d'éducation. Circulaire N° 12, p. 4. 21) Ibidem. 22) Urech, N. 76, 77-79, p. 1035-1036; Circulaire N° 12, p. 4. 23) Greter, N. 34 p. 817. 24) Circulaire N° 12, p. 4. 25) Articles 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID; Circulaire N° 12 p. 4. Greter/Greter, ad. art. 23, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 3<sup>ème</sup> éd., 2017. 26) Circulaire N° 12, p. 4. 27) Greter, N. 34, p. 817. 28) Circulaire N° 12, p. 4-6. 29) Idem, p. 6. 30) Art. 25 LIPM de la Loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM; D 3 15).

ALEXANDRE LAMBELET

PHILIP BALSIGER

ROMAIN CARNAC

CAROLINE HONEGGER

# PHILANTHROPY, TAX EXPENDITURES AND COMPETITIVE NEUTRALITY

## What are the dilemmas facing tax administration employees?

**Tax expenditures shift responsibilities for policies promoting the public good to tax administrations. This poses practical difficulties to administrators who have to apply general rules and definitions to specific cases. The issue of competitive neutrality often proves decisive in granting the status of public utility.**

### 1. INTRODUCTION

Tax expenditures are instruments of fiscal policy. For example, through deductions for donations, governments financially incentivise individuals to engage in particular behaviours aimed at achieving specific policy objectives, while tax exemptions are given to organisations because they pursue goals of public utility. In Switzerland as elsewhere, experts and politicians often praise tax expenditures as an efficient instrument for favouring philanthropy and promoting the public good. At the same time, the use of tax expenditure instruments has also been criticised, in particular with regard to issues of fiscal justice and their relationship to democratic processes of decision-making (see, for instance, Reich 2010, 2013; Peters 2009).

Clearly, tax expenditures constitute a significant shift compared with direct expenses. This has quite wide-reaching, yet often overlooked, political consequences (McDaniel 1989). First, all tax expenditure has automatic priority over any direct expenditure programme. All debates about direct spending priorities relate to the revenues that are left after all tax expenditures have been funded. This means that such charitable donations have a higher priority than direct subsidies to specific sectors (such as education, army, agriculture, etc.). Second, tax expenditures typically rely on private sector rather than government decision-making processes. Deductions for charitable contributions are akin to a government matching grant programme to encourage charitable giving, but the choice of charities to benefit is left to the indi-

vidual donor. Finally, the decision to use the tax system to deliver financial assistance brings into play a different set of institutions and attitudes than are involved when the direct spending route is adopted: “The utilization of the tax system means that the program will be developed and administered by those whose primary expertise is not in the programmatic area under consideration. [Employees of tax administrations] are trained to be tax lawyers and tax collectors: they are not trained experts in environmental programs, housing, energy conservation, and all the other areas of social and economic life into which tax expenditure programs have been introduced.” (ibid.: 175). As such, public utility tends to be approached as a tax issue and not as a question of whether or not the programmes promoted by a given organisation would pass democratic scrutiny if they were financed through direct subsidies.

In this article, we take up this last point by analysing the work of employees of cantonal tax administrations in Switzerland [1]. In Switzerland, it is the cantonal tax authorities that decide on granting the status of public utility to organisations, thus exempting them from paying taxes. Cantonal tax administrators are therefore central actors. What are the problems and dilemmas they face when evaluating applications for tax exemption? How do they get from the quite general rules and definitions laid down in the legal framework to a decision on a specific case?

For the purpose of the analysis presented here, we will focus on a particular issue that often poses problems to tax



ALEXANDRE LAMBELET,  
ASSOCIATE PROFESSOR,  
HES-SO, HAUTE  
ÉCOLE DE TRAVAIL SOCIAL  
ET DE LA SANTÉ (EESP),  
LAUSANNE



PHILIP BALSIGER,  
ASSISTANT PROFESSOR  
OF SOCIOLOGY,  
UNIVERSITY OF NEUCHÂTEL

administrators: the question of “competitive neutrality”, and as such the boundaries between organisations of public utility and market actors. Our fieldwork reveals that this question seems to be of increased importance in an era where philanthropic actors and social enterprises are gaining in interest and new hybrid forms of organisations have emerged (Sprecher 2013). Because the market sector spills over into tasks that have traditionally been the preserve of the state and third sector (social welfare, education, migrant help, elderly care, etc.), the question of possible competition between (tax-exempt) organisations from the third sector and for-profit organisations is today a frequent concern for tax administrators. Based on in-depth interviews with employees in charge of granting public utility status in the tax administrations of three cantons, we analyse how administrators decide, in this context, which organisations can be granted tax exemption and which cannot because that would constitute a form of competitive distortion.

## 2. LEGAL FRAMEWORK

The legal basis for the recognition of public utility, in the fiscal sense, consists of a series of laws and directives published by the Swiss Cantonal Administration Conference and the Federal Tax Administration [2]. Swiss federal law exempts legal entities that are pursuing public service or public utility purposes from federal income tax on profits that are exclusively and irrevocably affected to such purposes (Art. 56 lit. 6 DFTA) [3]. Cantonal legislations contain similar legal norms in relation to cantonal profit tax. Circular 12 details these provisions. An entity must simultaneously satisfy the following conditions: 1) purpose of general interest, 2) unlimited circle of beneficiaries, 3) exclusive and irrevocable contribution of the funds, 4) disinterestedness, 5) actual non-profit activity. In addition, this directive lists, as non-exhaustive examples, activity domains that can be classed as being of general interest. It gives the following examples: charity; humanitarian, sanitation, environmental, educational, scientific and cultural activities; public assistance, arts, science, education, promotion of human rights, heritage preservation, protection of nature and animals, and development aid. It ends by saying that the general interest of a given activity must be judged with regard to “the general conceptions of the population”.

Although under this framework, economic goals cannot be considered public interest purposes, the acquisition and management of significant corporate equity can be admitted if the interest in holding such an entity is secondary to the public interest goals and if the exempted legal entity is not

involved in the management of a corporate entity. A for-profit activity is thus possible as long as it does not constitute the final goal of the organisation but, rather, is subordinated to the altruistic activity. Sometimes a for-profit activity is even necessary to achieve a general interest goal, according to the Circular: “for instance, a special education institution may need an agricultural activity and a production workshop for apprentices.” As a consequence, according to the law and the Circular detailing it, organisations that are recognised as being of public interest and tax-exempt may, in some cases, also pursue economic activities.

In 2009 and 2010, the *Conférence suisse des impôts* published two documents giving a more detailed account of the conditions under which tax exemption is granted for public utility goals, which address some specific sectors of activity. These documents were produced in response to a demand on the part of tax administrators for clearer guidelines. In these documents, one can see that the separation between the market and the (tax-exempt) third sector raises recurrent questions to which clarifications are sought. One finds an explicit discussion of competitive neutrality, addressing the issue through the angle of what kind of economic activity is admitted, while also discussing the potential overlap between the activities of organisations of public utility and markets. In particular, cultural organisations, elderly care institutions and childcare centres are discussed. These organisations can be tax-exempt, but they raise questions of competitive neutrality, since they operate in competitive market environments. And “as soon as several providers enter a same market and are in competition, they have the right to be treated neutrally from the point of view of competition.” How do tax administrators decide upon these issues?

## 3. COMPETITIVE NEUTRALITY AND THE WORK OF TAX ADMINISTRATIONS

The interviews reveal that in spite of these guidelines, competitive neutrality poses problems for tax administrators. Of course, the administrators systematically examine all the criteria that need to be fulfilled to provide tax-exempt status (salaries, irrevocability, actual activity, etc.), and most refusals are due to non-conformity with one or more of these criteria [4]. Yet it appears that in the day-to-day work of tax administrators, the risk of breaching competitive neutrality with regard to market sectors is one of the main difficulties they face when making decisions. As such, it is on this point, and on this point only, that our interviewees said they have consulted federal tax authorities for advice.



ROMAIN CARNAC,  
RESEARCH FELLOW,  
HES-SO, HAUTE  
ÉCOLE DE TRAVAIL SOCIAL  
ET DE LA SANTÉ (EESP),  
LAUSANNE



CAROLINE HONEGGER,  
RESEARCH FELLOW,  
HES-SO, HAUTE  
ÉCOLE DE TRAVAIL SOCIAL  
ET DE LA SANTÉ (EESP),  
LAUSANNE

In face of such difficulties, on what basis do tax administrators make their decisions? The analysis of interviews leads us to distinguish three different scenarios, related to different arrangements with public administrations in charge of public action in the sectors concerned. In the first scenario, tax exemption for organisations potentially in competition with for-profit organisations is made possible by the existence of an agreement (often in the form of a contract or concession regulating a public-private partnership) between other state services and the organisation at stake. The second scenario concerns sectors where no such agreements exist and thus no other public authority regulates the organisations applying for tax-exempt status. The third and final scenario concerns the issue of economic activity and its subordination to general interest goals, where administrators favour the separation of activities into distinct accountability systems or distinct structures.

**3.1 When an agreement by a government department guarantees competitive neutrality.** Institutions such as childcare centres, museums and festivals operate in markets where they encounter private enterprises providing similar services. The question of the competitive dimension of their presence on markets can be resolved by public-private agreements. This is what happens in the case of nursing homes or childcare centres. In order to benefit from public subsidies, they sign contracts with the state containing stipulations on the distribution of profits. They fix tariffs for residents or children, salaries for employees through the need for a collective labour agreement, and the non-profit dimension of the establishment. In other words, through such an agreement, organisations accept limitation of their possible benefits and limits on the distribution of profits (Evers and Laville 2004). All these are elements that distinguish tax-exempt structures from other private actors and ensure that economic neutrality is respected.

In the cantons where we carried out our research, we observed that agreements with the social services division of a canton often provide the basis for the status of public utility (or more precisely its “public service” dimension, as it is called in these cases), and by extension the possibility of being tax-exempt in spite of conducting commercial activity. The following interview excerpt expands on this:

“when we give tax exemption to nursing homes, we are in a public service approach... and there, we make sure that a given nursing home is under the control of some public administration; this administration will make annual checks, if I am not mistaken, and they will verify... the personnel... the funds... there are many things that are monitored. And thus what I want to say is... we delegate the task, but unofficially... we grant (tax exemption) but under the condition that you make your checks,” (tax administration canton 2, interview 16.03.2017).

As the interviewee says, there is an element of delegation going on here. It is not the tax authorities themselves that make decisions and ensure there is both public utility and no distortion of the principle of competitive neutrality. This is assured by another administration, the one that signs the

agreement, which is the specialised administration in charge of a particular public policy.

**3.2 Public utility against the market: a symbolic boundary to be built.** While departments of social affairs often make public-private partnership agreements with organisations, this is much less common in other domains of activity, such as the cultural realm. Here the delimitation of public utility and the respect of competitive neutrality is more complicated, with criteria that involve evaluating the qualities of the activities performed by the organisations applying for tax-exempt status. The CSI document from 2010 sets out a few elements in this regard, distinguishing cultural from entertainment goals. It states that in order to be granted tax exemption, an organisation in this realm must fulfil the conditions of general interest and disinterestedness (altruism), which is detailed as follows: “A general interest can be admitted in particular for productions of high artistic level offered to a large public, (productions) that have a general education character, favour the common interest, and those which, from a religious point of view, are character forming.” However, “manifestations of pure entertainment are not of public utility. The same is true of manifestations that aim at a large public, such as cinemas.”

Simply reading these words suggests that it is not easy to distinguish between goals of entertainment and goals of “cultural value”, and indeed the document explicitly admits this. Furthermore, although the CSI documents says that “it is not the task of tax authorities themselves to pronounce on the value of cultural activities,” in reality tax administrators do find themselves in this position. When they receive application files from cultural organisations, they have to make a decision, and in order to do so, they need to develop and apply criteria to distinguish between activities of “mere entertainment” and cultural activities of public utility.

A possible shortcut, somewhat analogous to the scenario discussed above, would be to take public subsidies as an indicator of public utility. According to this reasoning one could say that if an organisation receives subsidies from the state, then some competent state agency has decided that its activities are of a certain cultural value. However, the CSI document insists that there is no automatic link between subsidy and tax exemption, saying that receiving a subsidy cannot be considered a sufficient reason to grant tax exemption. Because they cannot rely on the decisions of other agencies, tax administrations develop their own rules. For instance, in the case of cinema, administrators try to distinguish between commercial and non-commercial films:

“Some films, you can clearly see that they are commercial... in other cases, when it is unknown directors, things like that, if a cinema shows directors at the beginning of their career... then it is maybe no longer entertainment but culture,” (tax administration canton 3, interview 7.02.2018).

To decide, tax administrators apply the various criteria of public utility – for instance whether the ticket prices allow broad access and thus the criteria of the “open circle” is respected. In other cases, their arguments reflect the logic of



subsidies: does tax exemption allow the pursuit of activities that would not otherwise take place for lack of funding? Most critically, however, it is the issue of competitive neutrality that becomes important here: it allows for a distinction to be drawn between cultural activity – where there is no market because no profits can be made – and entertainment, where for-profit is the rule. One administrator, for instance, told us about a court case concerning an orchestra whose application for tax-exempt status was rejected by the tax authorities:

“For us, this orchestra operates in a market environment characterised by competition; our argument was that tax exemption would negatively affect the game of competition between cultural actors in the same domain. The court, on the contrary, observed that the list of exempted institutions in the canton included a large number of actors belonging to this sector.” (tax administration canton 2, interview 16.03.2017)

In this case, as in others, the tax administrators and the courts can reach different conclusions as to whether or not there is distortion. One can believe that tax exemption would lead to competitive distortion, while the other party comes to the opposite conclusion. A decision also depends on previous decisions, rather than a judgment on a single situation. In this case, the court stated that in this given sector, many actors are already tax-exempt anyway.

**3.3 Separation of activities.** Because the legal texts admit for-profit activities as long as they are subordinate to the altruistic activity, tax administration employees also have to evaluate the hierarchy in the subsidiarity of activities, deciding whether the mix between the public utility dimension and commercial activities is in conformity with the requirements of the law. In addition, the pursuit of commercial for-profit activities by a tax-exempt organisation contains, once again, the risk of “unfair competition”. How do tax administrators evaluate such cases?

As in the above case, they cannot count on other administrations as resources to help them make decisions. Generally speaking, administrators tell us that they become particu-

larly attentive as soon as organisations claim to produce something that is then sold on markets.

“Terms like ‘production’ ring alarm bells: is there a commercial activity behind this? We won’t necessarily say no, we just say that there are question marks for us. (...) If it is membership fees, asset incomes, donations and inheritances or public subsidies: no problem. If it is the product of activities, then we are very attentive. For instance: how are the prices of services determined? Or is the activity competitive? For us it is very important not to favour an entity through tax exemption when it will operate on a market sector.” (tax administration canton 1, interview 7.04.2017)

The solution that is often envisaged to decide on such cases is to separate the for-profit activity from the altruistic activities to avoid creating unfair market competition. For instance, in a case of a cultural organisation that also runs a small bar to finance its cultural activities, the tax administration determined that tax exemption would give the bar an unfair advantage over competitors in the neighbourhood. However, because the cultural activity clearly fulfilled public utility goals, the suggestion was to separate the two entities. In so doing, the administration considers that it minimises the risk of unfairly favouring some organisations over others.

#### 4. CONCLUSION

In conclusion, and in addition to the traditional criticisms of tax exemptions, we see the practical difficulties that this tool can pose for employees of tax administrations. Following Salamon (1989:8), what makes the use of this instrument so significant is that it has “its own distinctive procedures, its own network of organizational relationships, its own skill requirements – in short, its own political economy.” Favouring tax expenditure over direct expenditure as a public policy tool and entrusting tax exemption for public utility purposes to tax administrations rather than to the public administrations directly responsible for public policies in a specific sector of activity does not eliminate decisions in terms of public policy choices, but only changes the actors who make these choices first. ■

**Footnotes:** 1) The empirical results presented here are based on a research project funded by the Swiss national science fund entitled “The Boundaries of the Welfare State in Switzerland: Tax Authorities, Philanthropic Foundations, and the Recognition of Public Utility” (2016–2019, project 162836). 2) Federal Act of 14 December 1990 on Direct Federal Taxation (DFTA); Federal Act of 14 December 1990 on the Harmonisation of Direct Taxation at Cantonal and Communal Levels (DTHA); Federal Tax Administration, Circular no. 12 of 8 July 1994, Tax exemption of legal persons pursuing public service or exclusively public utility aims (Art. 56 lit. g DFTA) or cultural aims (Art. 56 lit. h DFTA); deductibility of charitable contributions (Art. 33 al. 1 lit. i and 59 lit. c DFTA); Conférence suisse des impôts, information dated 18 January 2008; Conférence suisse des impôts, information dated August 2010. 3) On this point, see Lideikyte Huber (2018). 4) A reading of the court judgments concerning appeals lodged against refusals by the tax authorities to recognise public utility seems to confirm this.

Having examined 32 judgments (i.e. all the judgments of the courts of the cantons studied and the Federal Court as a court of second instance for the period 2001 to 2015), we found that only four directly concerned the question of competitive neutrality.

**Bibliography:** ▶ Evers, A. & Laville J.-L. (2004). “Defining the Third Sector in Europe”, in Evers A. and Laville J.-L. (eds), *Third Sector in Europe*, Edward Elgar Publishing, pp. 11–42. ▶ Howard, C. (1993). “The Hidden Side of the American Welfare State”, *Political Science Quarterly*, 108, 3, pp. 403–436. ▶ Lideikyte Huber, G. (2018). “Philanthropy and Taxation. Swiss legal framework and reform perspectives”, *Expert focus*, 3, pp. 209–213. ▶ McDaniel, P., 1989. “Tax Expenditures as Tools of Government Action”, in Salamon, L. (ed.), *Beyond Privatization: The Tools of Government Action*, Washington, The Urban Institute Press, pp. 167–195. ▶ OECD (2008). *The Choice Between Base Broadening And Tax Incentives: Tax Expenditures In OECD Countries*. Commentary by Minarik, J.J.,

pp. 5–10. ▶ Peters, R. (2009). *Les déductions de l’imposition fédérale directe des personnes physiques et les possibilités de simplification – Une analyse des données fiscales du canton de Berne, année 2005*. Berne, AFC/DFE. ▶ Reich, R. (2015). “Toward a Political Theory of Philanthropy”, in Illingworth, P., Pogge, T. and Wenar, L. (eds). *Giving Well. The Ethics of Philanthropy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 177–195. ▶ Reich, R. (2013). “Philanthropy and Caring for the Needs of Strangers”, *Social Research*, 80, 2, pp. 517–538. ▶ Salamon, L. (1989). “The Changing Tools of Government Action. An Overview” in Salamon L. (ed.), *Beyond Privatization: The Tools of Government Action*, Washington, The Urban Institute Press, pp. 3–22. ▶ Sprecher, T., 2013. “Traitement fiscal de nouveaux modèles de soutien et de financement”, *Rapport sur les fondations en Suisse 2013*, Basle/Zurich, CEPS, SwissFoundations, Uni Zurich, pp. 19–23.

# Neues E-Learning-Seminar «Grundstücke und deren Steuerfolgen»

Flexibler  
Kompetenzerwerb

## Lerninhalte:

- Grundlagen der Grundstückgewinnsteuer inkl. Berechnung der Anlagekosten und des Grundstückgewinns
- Steuerfolgen bei Veräusserung von Liegenschaften
- Grundlagen der Handänderungssteuer
- Mehrwertsteuerliche Aspekte im Zusammenhang mit Immobilien

## Lernfilme und Übungsfragen von

**Christoph Hagmann**, lic. Jur., Rechtsanwalt

**Markus Metzger**, dipl. Steuerexperte / MWST-Experte FH

**Uwe Mehrwald**, dipl. Experte in Rechnungslegung und Controlling / MWST-Experte FH

## Zielgruppe

Praktiker, die ihre Kenntnisse zum Thema «Grundstücke und deren Steuerfolgen» aufarbeiten oder aktualisieren wollen, oder Einsteiger, die sich bequem in das Thema einarbeiten möchten.

## Ihr Nutzen

- Zeit- und ortsunabhängig
- Effizient und zielführend
- Lernprogramm innert 48 Stunden nach Anmeldung startbereit
- Einfacher Zugang zur Lernplattform VIVERSA [www.viversa.info/expertsuisse](http://www.viversa.info/expertsuisse) ohne Programm-Download
- Anleitung über Einführungsvideo und einen strukturierten Arbeitsplan

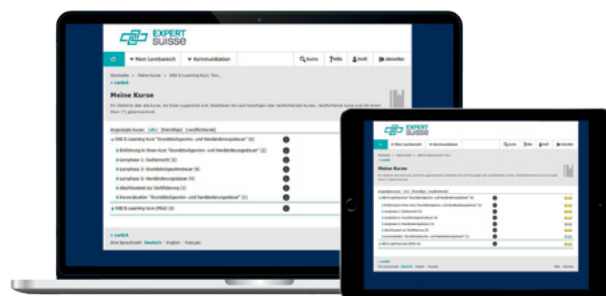
## Anmeldung und Kontakt

Online-Anmeldung über

[www.expertsuisse.ch/weiterbildungsangebote](http://www.expertsuisse.ch/weiterbildungsangebote)

Telefon: +41 58 206 05 30

E-Mail: [weiterbildung@expertsuisse.ch](mailto:weiterbildung@expertsuisse.ch)



## Umfang und Zugang

**Umfang:** 8 Lektionen betreutes Selbststudium.

**Zugang:** Ab Ihrem individuellen Start 90 Tage.

Die benötigte Lernzeit aller E-Learning-Sequenzen wird von der Lernplattform automatisch erfasst. Der Lernprozess wird fachlich betreut. Die Teilnahme wird nach erfolgreichem Absolvieren sämtlicher elektronischen Tests mit einem Zertifikat bestätigt und mit 8 Weiterbildungsstunden angerechnet.



Wirtschaftsprüfung  
Steuern  
Treuhand

# PHILANTHROPIE ET TVA

## Un terrain semé d'embûches [1]

**En règle générale, les institutions d'utilité publique, notamment les associations ou les fondations actives dans le domaine de la philanthropie, sont exonérées des impôts directs, dans la mesure où certaines conditions sont réalisées [2]. La situation est plus complexe en matière de TVA car cet impôt frappe la consommation et se concentre dès lors plus sur les prestations effectuées à titre onéreux que sur la nature juridique des entités qui les effectuent.**

### 1. INTRODUCTION

En 1995, lors de l'introduction de la TVA en Suisse, la loi n'était toutefois pas claire sur le traitement fiscal des activités philanthropiques. Il s'en est suivi divers litiges sur des sujets controversés comme, par exemple, le traitement des dons, du sponsoring, des subventions, ou des recettes provenant des ventes de bienfaisance. Certaines institutions, exonérées d'impôts directs, se sont retrouvées potentiellement assujetties à la TVA. De plus, en raison d'une réglementation parfois lacunaire, le pourcentage du droit à récupération de l'impôt préalable a soulevé de nombreuses questions. À cela s'ajoute que la pratique a été au départ plutôt sévère, ce qui a débouché sur de nombreuses procédures judiciaires, devant la Commission fédérale de recours en matière de contributions, remplacée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 par le Tribunal administratif fédéral, puis par la suite devant le Tribunal fédéral.

La nouvelle loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010, a nettement amélioré la situation. De nombreuses activités des institutions philanthropiques sont désormais hors champ de la TVA. De plus, le traitement fiscal des dons et du sponsoring a été profondément remanié. On verra toutefois que le régime demeure complexe et que la nature spécifique du domaine philanthropique n'est pas toujours clairement appréhendée par la TVA. La LTVA a en outre été partiellement révisée avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2018. Hormis le taux de TVA qui passe de 8% à 7,7%, le traitement fiscal des activités philanthropiques ne subit pas de modification majeure [3]. Le texte de certaines dispositions, notamment des activités d'entités d'utilité publique a toutefois été précisé. Cela dit, nonobstant ces

diverses réformes, il subsiste encore diverses questions controversées que la pratique sera amenée à clarifier. Cela est d'autant plus nécessaire que la philanthropie, par définition, poursuit un but d'utilité publique et est donc «désintéressée». Les conséquences en matière de TVA doivent dès lors être prises en compte afin d'éviter un impact problématique pour le développement des activités des associations ou des fondations concernées. Notre propos est donc d'analyser comment la nouvelle LTVA s'applique à ce secteur, tout en mettant en exergue les points problématiques qui subsistent. Nous verrons que, nonobstant la réforme légale, le régime de l'imposition des prestations de sponsoring est malheureusement controversé et des distinctions complexes et subtiles ont été introduites.

Pour être soumises à TVA, les activités des institutions d'utilité publique doivent tout d'abord entrer dans le champ d'application de l'impôt (ci-après 2.). Ensuite, pour analyser le traitement TVA, il importe à notre sens de distinguer deux perspectives. En premier lieu, on doit analyser les prestations effectuées par l'institution elle-même (*output*) (ci-après 3.). En second lieu, on se penchera sur les flux de fonds reçus par une institution d'utilité publique pour effectuer ses tâches (*input*), soit notamment les éventuels dons, subventions ou autres types de financement, et leur potentiel impact sur le droit à récupération de l'impôt préalable (infra 4.).

### 2. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA TVA

D'emblée, il paraît essentiel de rappeler le mécanisme spécifique de la TVA pour pouvoir ensuite aborder l'imposition des opérations conduites par les institutions d'utilité publique. En effet, pour être imposable, une prestation doit impérativement entrer dans le champ d'application de cet impôt. Dans la nouvelle loi, il est désormais clair que seules les prestations effectuées à titre onéreux par des assujettis, à savoir en échange d'une contre-prestation, sont imposables (art. 18 al. 1 LTVA). La prestation devient une notion clé [4]; il s'agit en effet de l'activité économique qui permet la consommation ou, si l'on préfère, qui en est le «Korrelat» [5].

Il en découle que les flux de fonds sans contre-prestation sont qualifiés de «non-chiffre d'affaires» («Nichtumsätze»)



XAVIER OBERSON,  
PROFESSEUR À  
L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE,  
AVOCAT, ASSOCIÉ DE  
L'ÉTUDE OBERSON ABELS,  
GENÈVE

qui n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA [6], ce que confirme l'art. 18 al. 2 LTVA, disposition nouvelle, qui énumère les «non-opérations» [7]. En bonne logique, ces mêmes flux (dons, subventions, apports, etc.), ne devraient avoir aucune influence sur le droit de récupérer l'impôt pré-

«Dans la nouvelle loi, il est désormais clair que seules les prestations effectuées à titre onéreux par des assujettis, à savoir en échange d'une contre-prestation, sont imposables.»

alable, puisqu'ils n'intéressent pas la TVA. Le législateur, après quelques hésitations, n'a toutefois pas été jusqu'au bout de cette conséquence. En effet, les subventions, qualifiées pourtant de non-chiffre d'affaires (art. 18 al. 2 let. a LTVA), même si elles n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA, réduisent pourtant le droit à récupération de l'impôt préalable (art. 33 al. 2 LTVA). Le législateur a reconnu que cette conséquence, certes «contraire au système», se justifiait avant tout pour des raisons financières [8].

Une fois dans le champ d'application de l'impôt, les opérations peuvent être ensuite: (i) imposables, (ii) hors champ (exonération au sens impropre) [9], ou (iii) exonérées (non imposables mais avec droit à récupération). La bonne compréhension du système propre à la TVA est donc essentielle pour appréhender son application au secteur de la philanthropie. En effet, ce domaine, par définition, ne poursuit pas de but commercial et va donc devoir trouver du financement par des dons, des subventions, ou des prestations d'entreprises destinées à parrainer les activités philanthropiques.

### 3. LES PRESTATIONS EFFECTUÉES PAR L'INSTITUTION

**3.1 Les prestations hors du champ de l'impôt (exonérations au sens impropre).** En matière de philanthropie, nombreuses sont les prestations qui sont hors champ de l'impôt, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas soumises à TVA, mais n'ouvrent pas le droit à déduction de l'impôt préalable (art. 21 al. 2 LTVA). La liste est longue mais on peut distinguer diverses grandes catégories pertinentes dans le domaine qui nous occupe.

En premier lieu, toutes les prestations dans le domaine de la *santé* sont hors champ (art. 21 al. 2 ch. 2 à 8). Certes, en règle générale, les prestataires doivent disposer d'une autorisation de pratiquer, mais certaines activités effectuées par des institutions d'utilité publique peuvent bénéficier de cette disposition (p. ex. soins à domicile, soins aux malades [10]).

En second lieu, d'une manière générale, toutes les prestations des *organismes sans but lucratif* poursuivant des objectifs de nature politique, syndicale, économique, religieuse, patriotique, philosophique, philanthropique, écologique, spor-

tive, culturelle ou civique, que ceux-ci fournissent à leur membres moyennant cotisation fixée statutairement, sont considérées comme hors champ de l'impôt (art. 21 al. 2 ch. 13 LTVA).

En troisième lieu, toutes les prestations *culturelles* visées à l'art. 21 al. 2 chiffre 14 let. a à d LTVA sont également hors champ, soit: (a) les manifestations théâtrales, musicales, chorégraphiques et cinématographiques, (b) les représentations d'acteurs, de musiciens, de danseurs et d'autres artistes exécutants, ainsi que les prestations des forains, (c) les visites de musées, de galeries de monuments, de sites ou de jardins botaniques, (d) les prestations de services de bibliothèques, les services d'archives et les autres centres de documentation. Il en va de même des prestations de services culturelles et de la livraison par leur créateur d'œuvres culturelles réalisées par des artistes tels que des écrivains, des compositeurs, des cinéastes, des artistes peintres ou des sculpteurs, ainsi que les prestations de services fournies par les éditeurs et les sociétés de perception (art. 21 al. 2 ch. 16 LTVA).

En quatrième lieu, les prestations dans le domaine de la *formation et de l'éducation* (art. 21 al. 2 ch. 11 LTVA). Dans cette même catégorie, on peut insérer les prestations liées à la protection de l'enfance et de la jeunesse (chiffre 9) ou celles étroitement liées à la promotion de la culture et de la formation des jeunes fournies par des organisations d'utilité publique d'échanges de jeunes (chiffre 10).

Enfin, on peut ajouter les prestations fournies lors de manifestations telles que les *ventes de bienfaisance*, marchés aux puces ou tombolas par des institutions qui exercent des activités hors champ de l'impôt dans le domaine du sport et de la création culturelle sans but lucratif, dans le domaine du soin aux malades, de l'aide et de la sécurité sociales et de la protection de l'enfance et de la jeunesse, ou par des organisations d'utilité publique d'aide et de soins à domicile, des maisons de retraite, des homes médicalisés et des organismes exploitant des appartements protégés, pour autant que ces manifestations soient organisées à leur seul profit dans le but de les soutenir financièrement; il en va de même des prestations fournies lors de brocantes organisées par des institutions d'aide et de sécurité sociales, exclusivement pour leurs besoins propres (chiffre 17). Si par exemple, une institution à but culturel organise un dîner de gala destiné à obtenir des fonds pour obtenir un soutien financier, cette manifestation est hors champ de l'impôt [11].

### 3.2 Les prestations visant à promouvoir l'image de tiers (sponsoring)

**3.2.1 Le problème.** En pratique, il est fréquent qu'une institution d'utilité publique fasse appel à des fonds provenant d'entreprises pour soutenir son activité. Parfois, l'entité donatrice sollicitera une forme de contrepartie, généralement par une annonce de l'entité bénéficiaire, voire d'une modalité plus ou moins appuyée de remerciements en faveur de l'entreprise bienfaitrice. Dès lors, les louanges de l'institution d'utilité publique risquent de s'apparenter à une forme de *publicité*. Par conséquent, la question centrale est de déterminer si les contreparties éventuelles de l'institution d'utilité publique se situent ou non dans un rapport d'échange avec la



prestation fournie par la donatrice. Suivant les cas, il s'agira d'une opération de sponsoring ou d'un don.

Témoin de la sensibilité du sujet, le traitement fiscal des prestations de sponsoring a toutefois été modifié à plusieurs reprises. Fondamentalement, on peut distinguer trois phases: (i) le régime de l'ancien droit, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 1995, dont les contours ont été précisés par la jurisprudence; (ii) celui de l'art. 33a LTVA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006; (iii) la nouvelle règle de la LTVA qui instaure, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, à l'art. 21 chiffre 27 LTVA, un régime hors champ pour les prestations d'utilité publique visant à promouvoir l'image de tiers et les prestations de tiers visant à promouvoir l'image d'organisation d'utilité publique [12].

**3.2.2 Le régime de l'ancien droit.** Dès l'entrée en vigueur de la TVA, à savoir en 1995, la délimitation entre opérations de sponsoring et mécénat a soulevé des problèmes, notamment en raison d'un régime légal lacunaire. En effet, la question s'est d'emblée posée de savoir comment qualifier les fonds octroyés à une institution d'utilité publique.

Dans un premier arrêt de principe [13], qui concernait le festival de musique de Davos, le Tribunal fédéral a jugé que le sponsor (entrepreneur) tend à intervenir pour améliorer sa position sur le marché et donner de lui une image positive. Pour notre Haute Cour, le critère déterminant est celui de la nature de la *personne* du sponsor. En d'autres termes, suivant une subdivision *tripartite*, il convient de faire la distinction entre: (i) les entreprises commerciales, (ii) les personnes physiques et (iii) les entités poursuivant des buts d'utilité publique. Dans ces conditions, le sponsoring est en principe imposable en tant que service publicitaire, lorsque l'entité sponsorisée nomme officiellement le sponsor, *entreprise commerciale*, le remercie pour sa contribution, par exemple en le mentionnant dans le programme de la manifestation, dans un dépliant (*flyer*) ou dans une annonce. En revanche, pour les *personnes physiques*, il n'y a sponsoring imposable que si le nom de la personne donatrice est mentionné avec son activité professionnelle ou économique, étant entendu que la simple mention de son nom sur un rapport officiel n'est pas suffisante. Enfin, il n'y a pas de sponsoring imposable pour les prestations fournies par des associations et fondations à *but d'utilité publique* puisque la fourniture de tels dons fait justement partie de leur but.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt de janvier 2003 [14] concernant le parrainage d'un opéra. À cette occasion, il a en outre abordé la problématique de l'équivalence entre la contre-prestation éventuelle de l'entité bénéficiaire et le montant versé par le sponsor. Notre Haute Cour a considéré à ce titre

«qu'il n'est pas pertinent, par rapport à la question de l'échange de prestations, de savoir si la contre-prestation est d'une valeur égale à la prestation fournie, respectivement si elle est fournie à titre volontaire ou sur la base d'une prétention juridique» [15].

Cet arrêt mettait donc un terme à un éventuel «*splitting*», de la prestation du sponsor, qui tendait à admettre au moins comme non imposable la partie versée qui dépasserait la valeur de la prestation fournie (publicité) pour s'apparenter à un don [16].

Le traitement fiscal du sponsoring s'est posé à nouveau dans un arrêt concernant une société anonyme active dans le domaine de la production de films [17]. Cette société recevait des parrainages de diverses institutions, dont le rôle consistait à favoriser la création de films. Le Tribunal fédéral, tout en confirmant sa jurisprudence, s'est penché tout particulièrement sur deux versements, celui d'une fondation, d'une part, et d'une société à responsabilité limitée (SARL), d'autre part. Comme la fondation était exonérée des impôts directs,

«*En matière de philanthropie, nombreuses sont les prestations qui sont hors champ de l'impôt, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas soumises à TVA, mais n'ouvrent pas le droit à déduction de l'impôt préalable.*»

notre Haute Cour a considéré que le sponsor n'avait aucune activité économique et que le montant reçu par l'entité bénéficiaire n'était donc pas soumis à TVA. En revanche, les montants provenant de la SARL représentaient bien une contre-prestation à du sponsoring imposable [18].

Enfin, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans un arrêt du 5 février 2010 sur le traitement à donner au programme de la fondation suisse «SOS village d'enfants», sponsorisé par la compagnie d'aviation Swiss, qui s'était obligée à encourager cette fondation en récoltant des fonds en sa faveur [19]. À cette occasion, le Tribunal fédéral a rappelé que la notion du lien nécessaire entre prestation publicitaire et contre-prestation repose sur le principe du «*do ut des*» et qu'il est dès lors sans importance de savoir qui fournit la contre-prestation; celle-ci ne doit pas nécessairement provenir directement du bénéficiaire de la prestation. En l'occurrence, Swiss, sans les prestations de promotion de l'image («*Bekanntmachungsleistungen*»), n'aurait pas procédé à l'opération de récolte des fonds.

L'AFC-TVA, dans sa pratique, a repris la jurisprudence du Tribunal fédéral et préconise une notion vaste du sponsoring, considéré comme la rémunération d'un service publicitaire par l'entité de recherche bénéficiaire de la prestation [20]. Elle a également mis en œuvre le critère de la nature du sponsor, en distinguant les trois catégories susmentionnées (entreprises commerciales, personnes physiques, ou institutions d'utilité publique). Cela étant, même dans le cas d'une entreprise commerciale, elle admet qu'il n'y a pas de sponsoring imposable si le sponsor n'est cité que dans la partie officielle d'un rapport annuel, d'un compte-rendu ou d'un rapport de recherche [21].

**3.2.3 Le régime de l'art. 33a LTVA** (du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 31 décembre 2009). La pratique stricte, confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, a posé parfois des problèmes, notamment pour les institutions d'utilité publique, par définition mues par des objectifs non commerciaux, dont les

activités sont justement tributaires de l'octroi de fonds. Dans ce contexte, l'activité de «*fund raising*» est devenue cruciale et le recours à des spécialistes, bénévoles, est fréquent en pratique. Suite à l'initiative *Fritz Schiesser*, du 14 décembre 2000, diverses modifications fiscales sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, pour améliorer le cadre juridique applicable à la philanthropie, à savoir, outre des modifications en matière d'impôts directs, un nouvel art. 33a LTVA. Cette nouvelle disposition, placée de manière discutable sous l'angle systématique en tant que norme exceptionnelle au calcul de la base imposable, distingue les prestations versées de celles reçues par des organisations d'utilité publique.

Ainsi, les organisations d'utilité publique qui *reçoivent* des contributions ne fournissent pas de contre-prestations imposables, lorsqu'elles mentionnent une ou plusieurs fois dans des publications de leur choix, sous une forme neutre, le nom ou la raison sociale de l'auteur de la contribution ou qu'elles ne font que reproduire le logo ou la raison de commerce originale de l'entreprise de ce dernier (art. 33a al. 1 aLTVA). Cette disposition modifie ainsi fondamentalement la jurisprudence précitée. En effet, même pour des prestations reçues par des entreprises commerciales, la mention de la raison sociale ne constitue plus un sponsoring imposable, pour autant qu'elle intervienne «*sous une forme neutre*». De même, le support dans lequel la mention est reprise devient sans importance.

Pour les contributions *versées* par des organisations d'utilité publique, l'art. 33a al. 2 aLTVA confirme la jurisprudence en posant que les bénéficiaires ne fournissent pas de prestation imposable, dès lors qu'ils mentionnent une ou plusieurs fois dans des publications de leur choix le nom de l'organisation. La loi précise toutefois que si le nom de l'organisation d'utilité publique contient également la raison sociale d'une entreprise, le fait de mentionner sous une forme neutre le nom de l'organisation dans une publication ou de reproduire simplement le logo ou la raison de commerce de cette entreprise ne constitue pas non plus une contre-prestation.

3.2.4 *Le sponsoring hors champ* (art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA). L'art. 33a a LTVA a toutefois été abrogé et remplacé, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, par un nouvel art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA. Cette nouvelle règle remet donc à sa juste place, sous l'angle de la systématique légale, le régime de l'art. 33a aLTVA [22]. Désormais, d'une manière générale, les prestations d'organisations d'utilité publique visant à promouvoir l'image de tiers et les prestations de tiers visant à promouvoir l'image d'organisations d'utilité publique sont hors champ de la TVA (art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA). La norme vise ainsi toutes les «*prestations visant à promouvoir l'image*» fournies ou reçues par des organisations d'utilité publique, définies à l'art. 3 let. j LTVA, à savoir qui sont exonérées en vertu de l'art. 56 let. g LIFD.

On aurait donc légitimement pu penser que la situation juridique est désormais clarifiée. Il n'en est rien. D'une part, la systématique légale nous contraint à des distinctions subtiles. D'autre part, la pratique, suivie par une certaine doctrine, a d'emblée favorisé une interprétation très restrictive et difficilement praticable de l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA.

Le terme de «*prestation visant à promouvoir l'image de tiers*» est en effet controversé en *doctrine*. *Baumgartner/Clavadetscher/Kocher* préconisent une interprétation restrictive de cette notion en posant une distinction entre la promotion de l'image, au sens strict, et la publicité [23]. Selon eux, seules les opérations qui se bornent à remercier le parrain pour le soutien seraient hors champ. Par contre, la publicité qui viserait à vanter les activités commerciales, voire les produits du sponsor, seraient imposables. *Camenzind/Honauer*, pour leur part, soutiennent que la notion de «*Bekanntmachungsleistung*» vise une présentation positive (amélioration de l'image) à l'égard d'un cercle large de destinataires, ce qui inclut la mention de l'activité économique du sponsor (p.ex. «*main sponsor Banque X.*»), mais ne saurait aller au-delà, ce qui exclut la mention précise des produits et services de ce dernier, qui correspond alors à de la publicité [24]. Pour *Gläser*, en revanche, une telle interprétation ne résiste pas une interprétation systématique de la loi, qui doit se lire en parallèle avec le nouvel art. 3 let. i LTVA [25]. Selon lui, la seule mention du sponsor sous une forme neutre qualifie de don et constitue un «*non-chiffre d'affaires*» qui n'est de toute façon pas imposable, sans qu'il soit nécessaire de traiter cette opération comme hors champ.

La pratique de l'AFC défend également une interprétation restrictive de cette disposition. Pour le traitement fiscal des prestations reçues et fournies par une institution d'utilité publique, l'AFC effectue une subdivision tripartite. En premier lieu, les *dons* visés à l'art. 3 lettre i LTVA sont effectivement des non-opérations qui n'intéressent pas la TVA. Il en va ainsi des contributions versées sous une forme neutre dans une publication. En second lieu, les prestations visant à *promouvoir l'image de tiers* (*stricto sensu*) sont certes hors champ de l'impôt (art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA), mais pour autant que le but poursuivi vise bien à associer le nom du bailleur de fonds à une manifestation ou à une organisation. Il s'agit de promouvoir l'image de ce dernier afin que son engagement social soit reconnu. En troisième lieu, les prestations *publicitaires* sont en revanche imposables. Il en va ainsi lorsque ce n'est pas la communication du soutien qui apparaît au premier rang mais la promotion d'une entreprise ou d'une organisation d'utilité publique, de ses prestations (produits vendus), ou de son activité [26].

À notre sens, l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA crée une règle nouvelle, qui s'écarte fondamentalement des distinctions subtiles de l'art. 33a LTVA [27]. La norme pose d'une manière générale que toutes les prestations des institutions d'utilité publique *visant à promouvoir l'image* de tiers (ou celle des tiers destinés à promouvoir l'image des organisations d'utilité publique) sont hors champ de l'impôt. Peu importe la forme du support utilisée (conférence, logo, brochure ou rapport annuel, p.ex.). Cela dit, sous l'angle systématique, ce type de prestations peut également tomber sous la qualification de *dons*, au sens de l'art. 3 let. i LTVA. Selon cette disposition, les dons, qui constituent des non-opérations, sont des libéralités consenties à un tiers sans qu'aucune contreprestation ne soit attendue, soit notamment lorsqu'elles sont mentionnées une ou plusieurs fois *sous une forme neutre* dans une publication, même en cas d'indication de la raison sociale du do-

nateur ou de reproduction de son logo. L'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA serait dénué de portée, s'il devait se borner à ne viser que les renseignements neutres qui n'entrent de toute façon pas dans le champ d'application de la TVA car ils qualifient de dons, en vertu de l'art. 3 let. j LTVA [28].

En conséquence, à notre avis, il convient de procéder en deux étapes. Dans un premier temps, il s'agit de vérifier si la prestation promotionnelle ne qualifie pas de don (art. 3 let. i LTVA). Il en va ainsi, par exemple, d'une fondation d'utilité

*«La question qui demeure est de savoir s'il convient d'opérer une distinction complémentaire entre prestations destinées à promouvoir l'image de tiers au sens strict et les prestations de publicité.»*

publique qui mentionne d'une façon neutre sur son site un remerciement à l'égard d'une banque qui la soutient périodiquement, tout en ajoutant son logo et l'activité de cette dernière [29]. Il en va de même des contributions promotionnelles versées par des institutions d'utilité publique, dont les bénéficiaires ne font que mentionner de façon neutre le nom de l'organisme d'utilité publique dans des publications [30]. Pour être qualifié de don, la communication doit toutefois être neutre, c'est-à-dire ne pas faire référence aux qualités professionnelles du sponsor ou de ses produits [31]. Dans cette hypothèse, l'opération qualifie de «non-opération»; elle n'intéresse pas la TVA et n'a aucune influence sur le droit à déduire l'impôt préalable. Dans un second temps, les prestations qui vont au-delà d'une simple mention neutre mais qui restent destinées à promouvoir l'image d'organisation d'utilité publique (ou, réciproquement les prestations d'organisations d'utilité publique destinées à promouvoir les tiers) ne sont pas non plus imposables, mais sont alors hors champ (art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA). Les montants reçus à ce titre vont ainsi réduire le droit à récupération de l'impôt préalable.

La question qui demeure est de savoir s'il convient d'opérer une distinction complémentaire entre prestations destinées à promouvoir l'image de tiers *au sens strict* et les prestations de publicité. À notre sens, l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA est rédigé de manière très générale et ne mentionne aucune exigence quant aux modalités des prestations de promotion d'image. Ce qui est déterminant selon nous, une fois la qualification de don exclue, c'est (i) la *promotion de l'image de tiers* et (ii) la participation d'une *organisation d'utilité publique*. La promotion de l'image est un terme déjà utilisé par le Tribunal fédéral pour qualifier les opérations de sponsoring. Si l'on reprend d'ailleurs la définition du sponsoring imposable, dans le *leading case* du festival de Davos précité, on constate que le versement effectué par une entreprise commerciale, en faveur d'un festival de musique, et destiné à améliorer son

image aux yeux du public, a été qualifié de prestation publicitaire. Le Tribunal fédéral s'exprime en ces termes:

«Par sponsoring, on entend en général l'octroi de prestations en argent, d'avantages appréciables en argent ou d'autres versements faits par des entreprises, qui veulent de cette manière soutenir des personnes, des groupes et/ou des organisations dans le domaine sportif, culturel, social, écologique ou dans des domaines semblablement importants du point de vue de la politique de l'entreprise et qui visent en même temps des buts de marketing et de communication liés à leur propre entreprise [32].»

À l'époque, on justifiait l'imposition par le fait que la prestation est destinée à améliorer l'image et est donc publicitaire. On voit mal comment soudainement les mêmes prestations, toujours destinées à promouvoir l'image, et clairement visées par le texte de l'art. 24 al. 2 ch. 27 LTVA, ne sont pas hors champ, bien qu'elles visent principalement le même objectif!

Sont ainsi réputées prestations visant à promouvoir l'image de tiers, toutes les prestations de parrainage, portées à la connaissance du public, d'une manière qui va au-delà de la simple mention sous une forme neutre dans une publication. Le but poursuivi par une prestation visant à promouvoir l'image de tiers est d'associer le nom du bailleur de fonds aux *activités* effectuées par l'organisation d'utilité publique et, en retour, d'améliorer la perception du public à son égard. En conséquence, tous les remerciements de l'entité sponsorisée qui tendent à associer le sponsor avec l'activité de l'entité d'utilité publique et contribuent ainsi à améliorer son image sont hors du champ de l'impôt. Il paraît ainsi évident que les remerciements qui vantent les mérites de l'entreprise sponsor, par exemple en mentionnant ses actions philanthropiques, sa gouvernance respectueuse du développement durable, ou ses méthodes tendant à soigner le bien-être de son personnel constituent indiscutablement des félicitations qui améliorent l'image du donateur. Mais il en va de même des remerciements qui, d'une manière générale, permettent d'associer le sponsor et l'entreprise parraine. Le critère essentiel de l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA est ainsi l'octroi d'une prestation de promotion de l'image (y compris la publicité) qui est liée aux activités spécifiques l'entreprise sponsorisée. De ce point de vue, l'exemple du bus destiné à une association d'utilité publique, donné par l'AFC dans sa brochure, est révélateur des difficultés pratiques insurmontables de la pratique restrictive de l'administration [33]. Selon l'AFC, faute d'avoir mentionné à côté du logo «avec l'aimable soutien», la remise d'un bus, estimé à CHF 50 000 est imposable. La mention du logo améliore pourtant indiscutablement l'image de l'entreprise donataire et l'associe aux activités de l'organisme. C'est bien cela qui est déterminant à rigueur du texte légal. Le peintre, qui a oublié la mention supplémentaire, et sans doute travaillé bénévolement, n'imaginait probablement pas la gravité de son erreur...

### 3.3 Les autres opérations imposables

Dans la mesure où elles ne tombent pas expressément sous la liste de l'art. 21 al. 2 LTVA, les autres opérations effectuées par des institutions d'utilité publique, effectuées à titre onéreux, sont soumises à TVA. En pratique, on songera en particulier aux prestations de restauration (cafétéria) [34], à la vente de



marchandises ou d'objets (livres, merchandising), voire même à la vente d'œuvres d'art d'une institution (en dehors des cas visés au chiffre 17 ci-dessus). Il en va de même de la vente d'articles (guides, «*merchandising*») dans le cadre des musées, ainsi que les éventuelles contre-prestations pour la visite gui-

*«Le traitement fiscal des subventions a été controversé dès le départ. Lors de l'entrée en vigueur de la TVA, la pratique a eu tendance à distinguer entre <vraies> et <fausses> subventions.»*

dée, ou la location d'œuvres en vue de leur exposition dans d'autres musées [35]. En outre, les versements publicitaires, qui vont au-delà des conditions de l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA, notamment faute d'être associés à un événement ou aux activités d'une entité d'utilité publique (services publicitaires dans les médias p. ex.), seront également imposables [36].

De plus, même pour les opérations hors champ, il reste possible pour les institutions d'utilité publique d'*opter* en faveur de l'imposition (art. 22 LTVA), sous réserve des cas visés à l'art. 22 al. 2 LTVA). Cette faculté peut s'avérer intéressante pour les institutions qui doivent supporter d'importants montants d'impôt préalable en amont. On verra toutefois que, notamment en matière culturelle, l'option n'est pas souvent favorable car le droit à récupération est parfois diminué en proportion d'éventuelles subventions reçues qui réduiront d'autant le droit à récupération (voir art. 33 al. 2 LTVA).

#### 4. LE TRAITEMENT FISCAL DES SOURCES DE REVENUS DE L'INSTITUTION

**4.1 Le financement (apports et prêts).** Comme rappelé ci-dessus, la TVA est due sur des prestations à titre onéreux. Les apports et prêts représentent des moyens de financement qui n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA [37]. En conséquence, ils sont sans influence sur le droit de récupération de l'impôt préalable.

**4.2 Les dons.** La qualification de don est essentielle. En effet, le don est traité comme une non-opération (art. 18 al. 2 let. d, qui renvoie à l'art. 3 let. i LTVA). De plus, en tant que tel, il n'a aucune influence sur la déduction de l'impôt préalable, dès lors qu'il n'entre pas dans le champ d'application de la LTVA [38]. Sont qualifiées de dons les libéralités consenties à un tiers sans qu'aucune contre-prestation ne soit attendue (art. 3 let. i LTVA) [39]. Le critère essentiel pour définir le don, au sens de la TVA, est donc bien l'absence d'une prestation effectuée par le bénéficiaire, en échange du don. Le don provient d'une source autre qu'une collectivité publique; si la libéralité est consentie par une collectivité publique, elle constitue alors en principe une subvention. Le donateur consent librement le versement et n'attend aucune contrepartie de la part du bénéficiaire.

Sont également considérées comme des dons les libéralités mentionnées, une ou plusieurs fois sous une forme neutre

dans une publication, même en cas d'indication de la raison sociale du donateur ou de reproduction de son logo (art. 3 let. i ch. 1 LTVA). Cette règle nouvelle, on l'a vu, déroge à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'ancien droit en matière de sponsoring [40]. En effet, désormais, une prestation du sponsorisé, dans la mesure où elle demeure dans les limites de l'art. 3 let. i chif. 1 LTVA, (notamment, utilisation d'une forme «neutre») sera traitée comme un don. Ainsi, même les dons versés par une *entreprise commerciale* faisant l'objet de remerciements de la part du sponsorisé, institution d'utilité publique, n'est plus une prestation imposable [41].

Les cotisations de membres passifs ou les contributions de donateurs à des associations ou à des organisations d'utilité publique sont aussi traitées comme des dons (art. 3 let. i chif. 2 LTVA). Ces contributions sont également considérées comme des dons lorsque l'organisation d'utilité publique accorde à titre volontaire au donateur des privilèges entrant dans le cadre de son but statutaire, «pour autant qu'elle informe le donateur qu'il ne peut se prévaloir de ces privilèges» (art. 3 let. i ch. 2 in fine LTVA). Il en découle qu'en l'absence de prestations spécifiques de la part de l'institution d'utilité publique à l'égard de ces généreux donateurs, ces contributions sont considérées comme des dons.

**4.3 Les subventions.** Le traitement fiscal des subventions a été controversé dès le départ [42]. Lors de l'entrée en vigueur de la TVA, la pratique a eu tendance à faire une distinction entre «vraies» et «fausses» subventions. Dès lors qu'une subvention constitue la contre-prestation de la prestation fournie par le bénéficiaire, il y a un rapport d'échange et la subvention ne mérite pas cette qualification (elle est donc «fausse») car elle constitue la base imposable [43]. A l'inverse, si la subvention ne s'inscrit pas dans un rapport d'échange, la TVA n'est pas due («vraie» subvention). Dans cette optique, la subvention n'est pas une opération TVA et ne devrait donc pas avoir d'influence sur le droit à déduction de l'impôt préalable [44]. Pour autant, le Tribunal fédéral n'a pas retenu cette distinction [45]. Selon lui, les biens et services acquis grâce aux subventions sont partiellement acquis à des fins non imposables car le prix de la prestation fournie a été diminué par la subvention [46]. Ouvrir le droit à déduction consisterait ainsi à offrir une exonération sans base légale qui correspondrait à une «nouvelle subvention» [47].

La LTVA ne définit pas précisément la notion de subventions [48]. L'AFC, en pratique, définit les subventions et autres contributions de droit public comme des avantages appréciables en argent qu'une collectivité publique consent à titre non onéreux, soit sans que le bénéficiaire fournisse une contrepartie directe [49]. Elles visent notamment à assurer ou promouvoir la réalisation d'une tâche d'intérêt public que le bénéficiaire a décidé d'assumer (art. 29 let. a et d, OTVA; p. ex. aides financières au sens de l'art. 3 al. 1 LSu) ou à atténuer ou compenser les charges financières d'une tâche prescrite par la loi (p. ex. indemnités au sens de l'art. 3 al. 2 lettre a LSu) accomplie hors rapport de prestations (art. 29 let. b et d OTVA) [50]. On trouve également une définition en droit fédéral dans la loi fédérale sur les subventions. La loi fédérale sur les subventions distingue les aides des indemnités. Les



«aides financières» sont définies comme les «avantages monnayables accordés à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer» [51]. Quant aux indemnités, ce sont des «prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale et destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement» de tâches de droit public (art. 3 al. 2 LSu).

Le nouveau droit entérine, à l'art. 18 al. 2 LTVA, la notion de non-opération. En ce sens, la distinction entre vraies et fausses subventions demeure applicable car seules sont concernées par cette disposition les (vraies) subventions qui ne sont pas offertes dans le cadre d'un rapport d'échange. Le Message confirme cette opinion. Il s'exprime ainsi:

«Du point de vue de la systématique de la TVA, il faut toujours examiner, dans le cadre des subventions, si les paiements en question constituent une contre-prestation versée pour une prestation. Peu importe la manière dont ces paiements sont dénommés» [52].

Dans cette hypothèse, il s'agit de fausses subventions. En principe, on reconnaît que les subventions ne visent que des non-opérations reçues des pouvoirs publics [53]. Or, en règle générale, dans le domaine de l'utilité publique, les tâches effectuées et subventionnées sont destinées à un cercle indéterminé de bénéficiaires [54]. Il en découle que les subventions reçues par des institutions d'utilité publique seront souvent des vraies subventions, car fournies sans contrepartie. Dès lors, il conviendra de vérifier si l'art. 33 al. 2 LTVA s'applique, avec notamment comme conséquence une réduction de la déduction de l'impôt préalable. À noter que la notion de subvention, visée à cette disposition, doit s'interpréter de manière restrictive [55].

**4.4 Le sponsoring.** Le sponsoring vise, on l'a vu, les fonds reçus par l'institution, en échange de prestations de mise en valeur de l'entreprise ou de la personne qui les versent. Ces versements constituent une source de revenus pour l'institution qui les reçoit. Le traitement fiscal de ces versements a été analysé plus haut [56]. Nous avons vu que l'art. 21 al. 2 ch. 27 LTVA traite désormais les prestations de mise en valeur de l'entreprise comme des versements hors champ de l'impôt, dans la mesure où ces versements ne qualifient pas de dons, au sens de l'art. 3 let. i LTVA. On notera que, pour les entreprises qui les effectuent, les versements de sponsoring sont généralement déductibles des impôts directs en tant que frais d'acquisition du revenu (publicité) et cela, même si ces versements sont hors champ de TVA auprès des bénéficiaires.

En substance, comme relevé plus haut, il convient désormais de distinguer les dons (par définition sans contrepartie), les prestations de promotion d'image (hors champ), et les opérations de communication (imposables). Il est admis qu'une institution d'utilité publique, destinataire d'une contribution, ne fournit pas de prestation, si elle ne fait que mentionner, sous une forme neutre, dans des publications de son choix, une ou plusieurs fois, le nom ou la raison sociale du donateur, ou qu'il reproduit simplement le logo de celui-ci (art. 3 let. i LTVA) [57]. En revanche, lorsque ce même destinataire associe une entreprise à ses activités ou une ma-

nifestation et vise par-là à promouvoir l'image de l'entreprise qui lui accorde un parrainage, l'opération est hors champ de la TVA (art. 21 ch. 27 LTVA). Ce n'est que si le cadre de la promotion d'image est dépassé, notamment parce que la presta-

*«En substance il convient désormais de distinguer les dons (par définition sans contrepartie), les prestations de promotion d'image (hors champ) et les opérations de communication (imposables).»*

tion versée par une entreprise ne vise pas à s'associer aux activités de l'institution philanthropique, que l'opération est alors imposable.

**4.5 Les cotisations.** Dans le passé, des délimitations délicates ont été effectuées entre les «vraies» cotisations, traitées comme des non-opérations, et les «fausses» cotisations qui se déroulent dans le cadre d'un rapport d'échange [58]. Ainsi, sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral a confirmé que le versement de cotisations statutaires versées par des membres pour réaliser le but d'une association ne se situe pas dans un rapport d'échange, faute de représenter la contrepartie d'une prestation imposable. On parle alors de «vraies cotisations» [59]. Ce n'est que si l'association fournit une prestation spécifique à quelques membres («fausses» cotisations) que celle-ci devient une prestation, au sens de la TVA. En l'espèce, notre Haute Cour a jugé que les contributions versées par les donateurs à la REGA représentaient la contrepartie d'une prestation soumise à TVA car cette entité promettait dans ses conditions générales la remise des coûts de l'intervention de secours au bienfaiteur, même si sa motivation principale était d'assurer un soutien financier à la REGA.

Le nouveau droit précise le régime applicable. En premier lieu, certaines cotisations peuvent être qualifiées de dons et, partant, ne pas faire partie de la prestation imposable (art. 18 al. 2 LTVA). Il en va ainsi des cotisations de membres *passifs* ou de contributions de donateurs à des associations ou à des organisations d'utilité publique. Il en va de même des contributions des donateurs lorsque l'organisation d'utilité publique accorde à titre volontaire au donateur des privilèges entrant dans le cadre de son but statutaire, pour autant qu'elle informe le donateur qu'il ne peut se prévaloir de ces privilèges (art. 3 let. i LTVA). Dans cette hypothèse, ces cotisations sont traitées comme des non-opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application et n'ont pas d'impact sur le droit à récupérer l'impôt préalable. En second lieu, dans la mesure où elles ne qualifient pas de dons, selon cette disposition, les prestations des organismes sans but lucratif fournies à leur membre moyennant une cotisation statutaire sont hors champ de la TVA (art. 21 al. 2 ch. 13 LTVA). Il en découle que les cotisations des membres *actifs* d'un organisme d'uti-

lité publique sont en règle générale hors champ de la TVA, dans la mesure où elles sont fixées par les statuts, et qu'elles donnent droit en contrepartie à une prestation identique pour chaque membre ou catégorie de membre[60]. La notion de membre passif vise essentiellement le lien entre le membre de l'association et la cotisation versée. Partant, tout membre dont la cotisation est liée à un avantage spécifique, qui va au-delà du simple soutien financier de l'association, est considéré comme actif[61]. En troisième lieu, il faut encore s'assurer, dans chaque cas, s'il n'y a pas un échange de prestations entre la cotisation du membre (actif) et une prestation de

«Si l'on veut favoriser les organismes d'utilité publique, il convient de se concentrer sur les prestations qu'ils reçoivent ou fournissent.»

l'institution[62]. En effet, dans la mesure où l'entité fournit des prestations spéciales à certains membres, dans le cadre d'un rapport d'échange, il s'agit alors d'une «fausse» cotisation qui est alors imposable[63].

Il y a donc potentiellement trois situations fiscales différentes, comme l'exemple suivant, inspiré de l'information TVA 05, le démontre. Un chœur mixte, sous forme d'association d'utilité publique, est formé de membres qui participent régulièrement aux répétitions et aux concerts et versent une cotisation annuelle de CHF 60, ainsi que de membres passifs qui paient une cotisation annuelle qui leur donne des rabais aux entrées[64]. Pour les premiers, les (vraies) cotisations ne qualifient pas de dons, mais sont hors du champ de la TVA (art. 21 ch. 13 LTVA), tandis que pour les seconds la cotisation ne fait pas partie du champ de la TVA et qualifie de non-opération (art. 3 let. i LTVA). En revanche, si le chœur mixte offre un concert à un des membres, en échange d'une (fausse) cotisation exceptionnelle, l'opération est alors dans un rapport d'échange et soumise à TVA.

## 5. ASSUJETTISSEMENT

En règle générale, est assujetti quiconque exploite une entreprise, même sans but lucratif et quelle que soit la forme juridique de l'entreprise et le but poursuivi, pour autant que cette entreprise fournisse des prestations sur le territoire suisse, ou a son siège, son domicile ou un établissement stable sur ce territoire (art. 10 al. 1 LTVA). L'assujettissement suppose une activité commerciale *durable*. Selon le Tribunal fédéral, le caractère durable d'une activité se juge d'après l'ensemble des circonstances, à savoir notamment certains critères (objectifs) tels que:

«un engagement portant sur plusieurs années, une action planifiée, une activité conçue pour se répéter, la réalisation de plusieurs opérations, l'exécution de plusieurs actions du même genre pendant une même période, l'intensité de l'activité, la participation au marché, l'exercice d'une entreprise commerciale, la manière de se présenter vis-à-vis des autorités» [65].

En l'espèce, une association pour l'organisation du 150<sup>e</sup> anniversaire de la Confédération, bien que fondée pour un événement ponctuel, a été considérée comme effectuant une activité durable, car elle a existé depuis plusieurs années et développé une activité régulière pour réaliser cet anniversaire. En revanche, pour être durable, l'activité doit tout de même se déployer dans le temps. À notre sens, une action unique ou une vente de bienfaisance non répétitive ne remplit pas la condition de durabilité. Il en va différemment si, par exemple, une institution d'utilité publique commence à vendre de manière systématique et planifiée des œuvres d'art sur une certaine durée.

La loi *libère* toutefois de l'assujettissement les entreprises qui réalisent en l'espace d'un an, sur le territoire suisse et à l'étranger, un chiffre d'affaires total inférieur à CHF 100 000 de prestations qui ne sont pas exclues du champ de l'impôt (art. 10 al. 2 let. a LTVA). Il en découle déjà des situations fréquentes de libération en matière de philanthropie, dès lors que le chiffre d'affaires imposable est souvent inférieur au seuil de TVA. En effet, de nombreuses opérations fournies par les institutions d'utilité publique sont hors champ de TVA.

En outre, sont également libérées de TVA les institutions qui réalisent, en l'espace d'un an, sur le territoire suisse et à l'étranger, au titre de société sportive ou culturelle sans but lucratif et gérée de façon bénévole ou d'institution d'utilité publique, un chiffre d'affaires total ou inférieur à CHF 150 000, à partir de prestations qui ne sont pas hors champ de l'impôt (art. 10 al. 2 let. c LTVA). Une institution d'utilité publique est une organisation qui répond aux critères définis pour l'impôt fédéral direct, au sens de l'art. 56 let. g LIFD (art. 3 let. j LTVA). En pratique, l'AFC se fonde sur l'attestation de l'administration fiscale cantonale exemptant totalement l'organisation de l'impôt fédéral direct[66].

Il en découle que de nombreuses institutions d'utilité publique ne sont pas assujetties. En effet, outre que la plupart des prestations qu'elles fournissent sont hors champ de TVA, le seuil d'assujettissement est plus élevé pour les autres activités. Au surplus, la condition de la régularité et de la durabilité pourrait poser des difficultés pour l'assujettissement.

L'entreprise peut toutefois *renoncer* à cette libération (art. 11 LTVA). En matière de philanthropie, cette possibilité mérite d'être étudiée, notamment si l'institution supporte des montants importants de TVA préalable en amont. En effet, dans cette éventualité, elle pourra déduire de la TVA due la TVA supportée en amont.

## 6. CONCLUSION

Le traitement fiscal de la philanthropie en matière de TVA pose des questions trapues. Le législateur doit tenir compte du fait que, contrairement aux impôts directs, la TVA frappe les opérations effectuées par des assujettis et, conformément au but de la loi, l'assujetti ne doit pas supporter l'impôt mais bien le consommateur final. Il en découle que la solution, parfois préconisée, d'exempter les organismes d'utilité publique, à l'instar des impôts directs, n'est pas nécessairement la bonne approche. Si l'on veut favoriser les organismes d'utilité publique, il convient de se concentrer sur les prestations qu'ils reçoivent ou fournissent.

La nouvelle loi permet ainsi de mieux cerner les opérations effectuées dans un but d'utilité publique. En effet, la plupart d'entre elles sont désormais hors champ de TVA, y compris les versements liés au sponsoring (promotion de l'image de tiers) qui ont soulevé de très nombreux problèmes de par le passé. De plus, les institutions d'utilité publique seront souvent également libérées de l'assujettissement en raison du seuil spécifique de CHF 150 000.

Cela dit, la position des entités d'utilité publique continue de soulever des controverses, soit notamment l'interprétation de la notion de prestations visant à promouvoir l'image de tiers, respectivement d'organisations d'utilité publique visées à l'art. 21 ch. 27 LTVA. L'interprétation restrictive proposée par certains auteurs ne résiste pas à l'interprétation littérale et systématique de la loi. D'une part, la notion de prestation visant à promouvoir l'image de tiers correspond en substance à celle du sponsoring, telle que reconnue par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le passé. D'autre part, les libéralités mentionnées sous une forme neutre dans une publication (même en cas d'indication de la raison sociale

du donateur ou de reproduction de son logo) sont de toute façon traitées comme des dons qui, faute de lien avec une contrepartie, constituent des non-opérations (art. 3 let. i LTVA). Cela dit, la mise hors champ d'une activité philanthropique peut s'avérer coûteuse pour certaines institutions qui supportent en amont d'importants montants de TVA qui leur seraient facturés par des tiers (frais de sécurité, informatique, services divers, etc.). Dans cette éventualité, une éventuelle option en faveur de l'imposition mérite d'être étudiée. Cette solution nécessite alors de vérifier l'ampleur du pourcentage de déduction de l'impôt préalable. On rappellera notamment que pour les institutions subventionnées, la loi confirme la non-possibilité de récupérer la TVA en proportion des fonds provenant de (vraies) subventions, au sens de l'art. 18 let. a à c LTVA (art. 33 al. 2 LTVA). En définitive, pour les entités philanthropiques, une fois les controverses d'interprétation aplanies, une ultime solution favorable serait que le législateur accepte un jour de traiter les subventions comme des dons et, ainsi, de supprimer la perte proportionnelle du droit à la récupération de l'impôt préalable. ■

**Notes:** **1)** L'auteur a également été membre de la Commission fédérale de recours en matière de contributions (CRC) dès sa création en 1994, jusqu'à sa dissolution, au 31 décembre 2006, en parallèle à la création du Tribunal administratif fédéral (TAF). **2)** Voir art. 56 lettre g LIFD; 23 lettre f LHID. **3)** La nouvelle LTVA prévoit notamment que les activités considérées comme hors champ de l'impôt peuvent désormais également être imposées volontairement (option) par la simple déclaration de l'imposition dans le décompte TVA. À cet égard, une mention de la TVA dans la facture n'est plus impérativement nécessaire. **4)** Mollard P./Oberson X./Tissot Benedetto A., *Traité TVA*, Bâle 2009, p. 3. **5)** Baumgartner I./Clavadetscher D./Kocher M., *Vom Alten zum Neuen Mehrwertsteuergesetz*, Langenthal 2010, p. 23. **6)** Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1383/2015 du 4 mars 2016 consid. 2.3 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_307/2016 du 8 décembre 2016 consid. 5. **7)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 36. **8)** Message du Conseil fédéral du 25 juin 2008 sur la simplification de la TVA, FF 2008, p. 6277 ss, 6302 (cité : Message sur la simplification 2008). **9)** On ne confondra pas les opérations qui n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA (visées à l'art. 18 al. 2 LTVA) de celles qui sont hors champ de la TVA (au sens strict) qui sont énumérées à l'art. 21 al. 2 LTVA, voir Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 170. **10)** Les soins de base, soit les services fournis dans le cadre de soins à domicile ou en EMS, ne constituent pas des traitements médicaux mais bénéficient de l'exonération au sens impropre de l'art. 21 al. 2 ch. 4 LTVA s'ils ont été prescrits par un médecin. Voir à ce sujet l'arrêt du TAF A-1204/2012 du 14 février 2014 consid. 3.2.2. Voir également l'Info TVA N° 04 Objet de l'impôt, ch. 6.5. **11)** En ce sens, AFC, Info TVA 23, Culture ch. 3.1.1. **12)** Voir Message sur la simplification 2008, p. 6353. **13)** Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2002, Archives, vol. 72, p. 231s. **14)** Arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 2003, RDAF 2003 II, p. 394 ss, 405. **15)** Arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 2003, RDAF 2003 II, p. 405. **16)** La question du splitting

était d'ailleurs controversée. Pour notre part, nous l'avions proposée à l'époque, voir X. Oberson, la TVA appliquée au sport, l'Expert-comptable suisse 2003, p. 790 ss, 793; voire toutefois, Glauser P.M., *Sponsoring et TVA* l'Expert-comptable suisse 2005, p. 886 ss, 890; Ciwy A., *TVA et sponsoring*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 16. **17)** Arrêt du Tribunal fédéral du 1<sup>er</sup> juillet 2004, RDAF 2005 II, p. 92 ss. **18)** Voir aussi la critique de Glauser, op. cit. (2005), p. 889. **19)** ATF du 5 février 2010, 2C\_442/2009. **20)** AFC, Info TVA 04, *Objet de l'impôt*, Janvier 2010, ch. 6.27.3. **21)** Glauser, op. cit. (2005), p. 886, 893; AFC Instructions 2001, ch. 416; Brochure n° 19 sur la formation et la recherche, ch. 7.2.1. **22)** Voir aussi, le Message sur la simplification (2008), p. 6353, qui parle de règlement «à l'endroit correct du point de vue de la systématique». **23)** Baumgartner/Clavadetscher/Kocher, op. cit. p. 160 s. **24)** Camenzind A./Honauer N./Vallender K.A./Jung M./Probst S., *Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG)*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 306. **25)** Glauser P.M., *Subventions, dons et sponsoring*, Archives 79 (2010/11), p. 1 ss, 27; le même, in: Zweifel/Beusch/Glauser/Robinson (éd.), n. 226 ss ad art. 3 LTVA (2015). **26)** AFC, Info TVA 04, *Objet de l'impôt*, ch. 6.27.3. **27)** Dans le même sens, Mollard, in: Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 113. **28)** Glauser, op. cit. (2010/11), p. 28. **29)** En ce sens, AFC Info TVA 23 concernant le secteur Culture (2010), p. 14, qui mentionne toutefois que cette mention est «exclue du champ de l'impôt». A notre sens, il s'agit d'une non-opération qui n'entre pas dans le champ d'application de la TVA (art. 18 al. 2 LTVA). Celle-ci ne réduit pas le droit à récupération de l'impôt préalable (don) (art. 33 al. 1 LTVA). **30)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 192; Message sur la simplification (2008), p. 6353. **31)** Glauser, op. cit. (2015), n. 229 ad art. 3 lettre i LTVA. **32)** ATF du 8 janvier 2002 = RDAF 2003 II, p. 403 (c'est nous qui soulignons). **33)** AFC, Info TVA 04, *Objet de l'impôt*, ch. 6.27.4, page 79. **34)** A noter que le taux réduit sera le cas échéant applicable s'il n'existe pas d'installations pour la consommation (tables ou bar); AFC, Info TVA 23 (2010),

p. 30, ch. 7.2.4. **35)** AFC, Info TVA 23 (2010), p. 30, ch. 7.2.4. **36)** Voir aussi, Glauser, op. cit. (2015), n. 235 ad art. 3 lettre i LTVA. **37)** Voir aussi Glauser, op. cit. (2010/11), p. 8. **38)** On notera qu'initialement le projet de loi entendait prévoir, comme pour les subventions, une exception au système, et donc réduire le montant de l'impôt préalable en cas de don. Le Parlement ne l'a pas suivi (voir art. 33 LTVA). **39)** Pour certains, la loi est ici imprécise car elle confond la prestation et la contre-prestation, définies respectivement à l'art. 3 lettre c et lettre f LTVA, voir Cywie, op. cit. (2014), p. 40. **40)** Voir supra, III. B. **41)** Cywie, op. cit. (2014), p. 13; Glauser, op. cit. (2010/11), p. 23. **42)** Pour l'ancien droit, voir Riedo D., *Problemfall Subvention im Mehrwertsteuerrecht*, in: *Mélanges CRC*, Lausanne 2004, p. 117 ss. **43)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 730. **44)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 731. **45)** ATF 126 II 456; ATF du 1 mars 2001, Archives 71, p. 254; Glauser, op. cit. (2010/11), p. 9. **46)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 731. **47)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 731. **48)** Message sur la simplification (2008), p. 6505. **49)** AFC, Info TVA 05, ch. 1. **50)** Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3044/2009 du 21 décembre 2011 consid. 3.1.1. **51)** Art. 3 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions) du 5 octobre 1990, RS 616.1. **52)** Message sur la simplification (2008), p. 6505. **53)** Glauser, op. cit. (2010/11), p. 17; Info TVA 05 ch. 1.1. **54)** En ce sens également, à propos des prestations culturelles notamment, Message sur la simplification (2008), p. 6505. **55)** Glauser, op. cit. (2010/11), p. 17. **56)** Voir supra III. B. **57)** AFC, Info TVA 05, *Subventions et dons*, ch. 2.2. **58)** Camenzind/Honauer/Vallender/Jung/Probst, op. cit. p. 308. **59)** ATF 2C\_202/2011 du 24 octobre 2011, consid. 3.2. **60)** AFC, Info TVA 05, *Subventions et dons*, ch. 2.3.1. **61)** Glauser, op. cit. (2015), n. 252 ad art. 3. **62)** Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. p. 200. **63)** Camenzind/Honauer/Vallender/Jung/Probst, op. cit. p. 309. **64)** AFC, Info TVA 05, ch. 2.3.1. **65)** ATF du 27 mai 2002, RDAF 2003 II 14, 17. **66)** Voir par exemple, AFC, Info 05, *Subventions et dons*, ch. 2.3.2.



# PHILANTHROPIE UND MWST

## Ein Terrain voller Tücken und Hindernisse<sup>[1]</sup>

**Im Allgemeinen sind gemeinnützige Einrichtungen, insbesondere wohltätige Vereine oder Stiftungen, von allen direkten Steuern befreit, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind [2]. Auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer ist die Lage komplexer, da diese Steuer konsumbezogen ist und sich damit mehr auf gegen Entgelt erbrachte Leistungen als auf die Rechtsnatur der Organisationen konzentriert, die die Leistungen erbringen.**

### 1. EINLEITUNG

Als im Jahr 1995 in der Schweiz die Mehrwertsteuer (MWST) eingeführt wurde, war das Gesetz in Bezug auf die steuerliche Behandlung wohltätiger Aktivitäten nicht eindeutig. Es folgten diverse Rechtsstreitigkeiten zu umstrittenen Themen wie zum Beispiel die Behandlung von Spenden, Sponsoring, Subventionen oder Einnahmen aus Philanthropiebasaren. Bestimmte, von direkten Steuern befreite Einrichtungen waren auf einmal potenziell mehrwertsteuerpflichtig. Aufgrund teils lückenhafter Regelungen warf auch die prozentuale Höhe des Rechts auf Vorsteuerrückerstattung zahlreiche Fragen auf. Überdies war die Rechtspraxis zu Beginn relativ strikt, was zahlreiche Verfahren vor der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (SRK) (seit 1. Januar 2007 ersetzt durch das Bundesverwaltungsgericht [BVGer]) und in der Folge vor dem Bundesgericht nach sich zog.

Mit dem neuen Gesetz, das am 1. Januar 2010 in Kraft trat, hat sich die Lage spürbar verbessert. Zahlreiche Tätigkeiten wohltätiger Organisationen sind seitdem von der MWST ausgenommen. Zudem wurde die steuerliche Behandlung von Spenden und Sponsoring weitgehend überarbeitet. Allerdings wird in den folgenden Ausführungen deutlich, dass das System weiterhin komplex ist und der spezifische Charakter des Philanthropiesektors nicht immer eindeutig von der MWST erfasst wird. Das Mehrwertsteuergesetz (MWSTG) wurde überdies zum 1. Januar 2018 teilweise überarbeitet. Neben der Senkung des Mehrwertsteuersatzes von 8% auf 7,7% ergibt sich für die steuerliche Behandlung gemeinnütziger Aktivitäten keine wesentliche Veränderung<sup>[3]</sup>. Allerdings wurden einige Bestimmungen, insbesondere in Be-

zug auf die Aktivitäten gemeinnütziger Organisationen, im Wortlaut präzisiert. Ungeachtet der diversen Reformen gibt es noch verschiedene umstrittene Fragen, die in der Rechtspraxis zu klären sind. Dies ist umso notwendiger als wohltätige Organisationen per Definition gemeinnützige Ziele verfolgen und damit «uneigennützig» agieren. Die Folgen auf dem Gebiet der MWST müssen berücksichtigt werden, um problematische Auswirkungen auf die Entwicklung der Aktivitäten aller betroffenen Vereine bzw. Stiftungen zu vermeiden. Wir analysieren daher, welche Rechtswirkung das neue MWSTG für den gemeinnützigen Sektor beinhaltet. Dabei gehen wir besonders auf die weiterhin bestehenden problematischen Aspekte ein. Wie sich zeigen wird, ist die steuerliche Behandlung von Sponsoringleistungen trotz der Gesetzesreform leider umstritten, und es wurden sehr komplexe, subtile Unterscheidungen eingeführt.

Bevor die MWST zur Anwendung kommt, muss zunächst geklärt werden, ob die Tätigkeiten der gemeinnützigen Einrichtungen vom Geltungsbereich der Steuer erfasst sind (siehe Kap. 2.). Anschliessend muss die mehrwertsteuerliche Behandlung aus zwei Perspektiven analysiert werden. Zunächst sind die von der Einrichtung selbst erbrachten Leistungen zu analysieren (*Output*) (siehe Kap. 3.). In einem zweiten Schritt werden die Mittel analysiert, die einer gemeinnützigen Organisation zur Durchführung ihrer Aufgaben zugeflossen sind (*Input*), das heisst insbesondere allfällige Spenden, Subventionen oder sonstige Finanzierungsarten und deren potenzielle Wirkung im Hinblick auf das Recht auf Vorsteuervergütung (siehe Kap. 4.).

### 2. GELTUNGSBEREICH DER MWST

Wesentlich erscheint zunächst eine Darstellung des speziellen Mechanismus der MWST, um anschliessend die Versteuerung der von den gemeinnützigen Einrichtungen ausgeführten Tätigkeiten zu thematisieren. Um steuerbar zu sein, muss eine Leistung vom Geltungsbereich dieser Steuer erfasst sein. In dem neuen Gesetz ist klar formuliert, dass nur *gegen Entgelt* erbrachte Leistungen der steuerpflichtigen Personen steuerbar sind, das heisst, wenn ein Leistungsaustausch (gegen Entgelt erbrachte Leistung) vorliegt (Art. 18



XAVIER OBERSON,  
PROFESSOR AN DER  
UNIVERSITÄT GENÈVE,  
RECHTSANWALT,  
PARTNER DER KANZLEI  
OBERSON ABELS,  
GENÈVE



Abs. 1 MWSTG). Die Leistung wird zum Schlüsselbegriff[4]. Es handelt sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die den Konsum ermöglicht oder, anders ausgedrückt, das «Korrelat» des Konsums ist[5].

Daraus folgt, dass Mittelflüsse ohne Gegenleistung als «Nichtumsätze» gelten, die nicht vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind[6], was durch Art. 18 Abs. 2 MWSTG be-

*«Mit dem neuen Gesetz, das am 1. Januar 2010 in Kraft trat, hat sich die Lage spürbar verbessert. Zahlreiche Tätigkeiten wohlthätiger Organisationen sind seitdem von der MWST ausgenommen.»*

stätigt wird. Dies ist eine neue Bestimmung, in der die «Nichtumsätze» aufgeführt sind[7]. Logischerweise dürften dieselben Mittelflüsse (Spenden, Subventionen, Zuwendungen usw.) keine Wirkung im Hinblick auf das Recht auf Rückerstattung der Vorsteuer entfalten, da sie nicht von der MWST erfasst sind. Der Gesetzgeber hat diese Konsequenz jedoch – nach einigem Zögern – nicht bis zum Ende gedacht, denn Subventionen, die doch als Nichtumsätze gelten (Art. 18 Abs. 2 Buchstabe a MWSTG), mindern, obwohl sie nicht vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind, dennoch den Anspruch auf Vorsteuerabzug (Art. 33 Abs. 2 MWSTG). Der Gesetzgeber hat anerkannt, dass diese Konsequenz zweifellos «dem System zuwiderlaufe», sie sei jedoch vor allem aus finanziellen Gründen gerechtfertigt[8].

Befinden sich Leistungen im Geltungsbereich der Steuer, können sie anschliessend folgenden Status annehmen: (i) steuerbar, (ii) von der Steuer ausgenommen (Befreiung im uneigentlichen Sinne, unctione Befreiung)[9] oder (iii) befreit (nicht steuerbar, aber mit Recht auf Vorsteuerabzug). Ein gutes Verständnis der MWST-spezifischen Vorgaben ist also wesentlich, um die Anwendung der MWST im Philanthropiesektor begreifen zu können. Dieser Sektor verfolgt per Definition nämlich kein kommerzielles Ziel und muss sich daher über Spenden, Subventionen oder Leistungen von Unternehmen finanzieren, die die wohlthätigen Aktivitäten unterstützen.

### 3. VON DER EINRICHTUNG ERBRACHTE LEISTUNGEN

**3.1 Von der Steuer ausgenommene Leistungen (unctione Befreiung).** Im Philanthropiesektor gibt es zahlreiche Leistungen, die von der Steuer ausgenommen sind, also nicht der MWST unterliegen, jedoch keinen Anspruch auf Vorsteuerabzug begründen (Art. 21 Abs. 2 MWSTG). Die Liste ist lang, doch lassen sich verschiedene Hauptkategorien unterscheiden, die hier relevant sind.

Erstens sind alle Leistungen im Bereich der *Gesundheit* ausgenommen (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 2 bis 8 MWSTG). Zwar

müssen die Leistungserbringer grundsätzlich über eine Berufsausübungsbewilligung verfügen, doch bestimmte, von gemeinnützigen Einrichtungen durchgeführte Tätigkeiten können von dieser Bestimmung profitieren (z. B. häusliche Pflege, Krankenpflege[10]).

Zweitens gelten gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziffer 13 MWSTG als von der Steuer ausgenommen im Allgemeinen alle Leistungen, die *nichtgewinnstrebige Einrichtungen* mit politischer, gewerkschaftlicher, wirtschaftlicher, religiöser, patriotischer, weltanschaulicher, philanthropischer, ökologischer, sportlicher, kultureller oder staatsbürgerlicher Zielsetzung ihren Mitgliedern gegen einen statutarisch festgesetzten Beitrag erbringen.

Drittens sind alle *kulturellen* Leistungen gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziffer 14 Buchstabe a bis d MWSTG ebenfalls von der Steuer ausgenommen, das heisst: (a) Theater-, musikalische und choreografische Aufführungen sowie Filmvorführungen, (b) Darbietungen von Schauspielern, Musikern, Tänzern und anderen ausübenden Künstlern sowie Leistungen von Schaustellern, (c) Besuche von Museen, Galerien, Denkmälern, historischen Stätten sowie botanischen Gärten, (d) Dienstleistungen von Bibliotheken, Archiven und sonstigen Dokumentationsstellen. Gleiches gilt für kulturelle Dienstleistungen und die Lieferung von Werken kultureller Natur durch deren Urheber wie Schriftsteller, Komponisten, Filmschaffende, Kunstmaler oder Bildhauer sowie Dienstleistungen, die von Verlegern und den Verwertungsgesellschaften erbracht werden (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 16 MWSTG).

Viertens alle Leistungen im Bereich der *Erziehung und Bildung* (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 11 MWSTG). In die gleiche Kategorie fallen die mit der Kinder- und Jugendbetreuung verbundenen Leistungen (Ziffer 9) oder die mit der Kultur- und

*«In dem neuen Gesetz ist klar formuliert, dass nur gegen Entgelt erbrachte Leistungen der steuerpflichtigen Personen steuerbar sind, das heisst, wenn ein Leistungsaustausch (gegen Entgelt erbrachte Leistung) vorliegt.»*

Bildungsförderung von Jugendlichen eng verbundenen Leistungen von gemeinnützigen Jugendaustauschorganisationen (Ziffer 10).

Hinzu kommen abschliessend Leistungen bei Veranstaltungen wie *Basaren*, Flohmärkten oder Tombolas, von Einrichtungen, die von der Steuer ausgenommene Tätigkeiten auf dem Gebiet des nichtgewinnstrebigen Sports und Kulturschaffens, auf dem Gebiet der Krankenbehandlung, der Sozialhilfe und der sozialen Sicherheit und der Kinder- und Jugendbetreuung ausüben, sowie von gemeinnützigen Organisationen der Krankenpflege und der Hilfe zu Hause und von Alters-, Wohn- und Pflegeheimen, sofern die Veranstaltungen dazu bestimmt sind, diesen Einrichtungen eine

finanzielle Unterstützung zu verschaffen, und ausschliesslich zu ihrem Nutzen durchgeführt werden; Leistungen von Einrichtungen der Sozialhilfe und der sozialen Sicherheit, die diese mittels Brockenhäusern ausschliesslich zu ihrem Nutzen erbringen (Ziffer 17). Verfolgt eine Einrichtung beispielsweise einen kulturellen Zweck und organisiert ein Galadinner mit dem Ziel, Mittel zu generieren, um finanzielle Unterstützung zu erhalten, so ist diese Veranstaltung von der Steuer ausgenommen [11].

### 3.2 Bekanntmachungsleistungen zugunsten Dritter (Sponsoring)

**3.2.1 Problemstellung.** In der Praxis kommt es häufig vor, dass eine gemeinnützige Einrichtung Mittel von Unternehmen zur Unterstützung ihrer Tätigkeit einwirbt. Manchmal fordert die Spenderorganisation eine Art von Gegenleistung, im Allgemeinen in Form einer Annonce der begünstigten Organisation, mehr oder weniger eine Danksagung an die Spenderorganisation. Die lobende Erwähnung durch die gemeinnützige Organisation kann jedoch einer Art von *Werbung* nahekommen. Somit stellt sich die zentrale Frage, ob die allfälligen Gegenleistungen der gemeinnützigen Organisation im Rahmen eines Leistungsaustauschs für die vom Spender erbrachte Leistung erbracht werden. Je nach Einzelfall handelt es sich um eine Sponsoring- oder eine Spender-tätigkeit.

Die steuerliche Behandlung von Sponsoringleistungen hat sich allerdings mehrfach verändert. Dies zeigt, wie sensibel diese Thematik ist. Im Grunde lassen sich drei Phasen unterscheiden: (i) die Regelung im alten Recht, die am 1. Januar 1995 in Kraft trat, deren Ausgestaltung durch die Rechtsprechung präzisiert wurde; (ii) die Regelung gemäss Art. 33a MWSTG, die am 1. Januar 2006 in Kraft trat; (iii) die neue Bestimmung des MWSTG, laut der seit 1. Januar 2010 für Art. 21 Ziffer 27 MWSTG Bekanntmachungsleistungen, die gemeinnützige Organisationen zugunsten Dritter oder Dritte zugunsten gemeinnütziger Organisationen erbringen, die von der Steuer ausgenommen sind [12].

**3.2.2 Regelung im alten Recht.** Seit Inkrafttreten der MWST im Jahr 1995 kam es durch die Abgrenzung zwischen Sponsoring und Mäzenatentum vor allem aufgrund lückenhafter gesetzlicher Vorgaben zu Problemen. Anfangs stellte sich die Frage, wie Mittel eingestuft werden sollten, die einer gemeinnützigen Organisation gewährt werden.

In einem ersten Grundsatzentscheid [13] zum Musikfestival von Davos entschied das Bundesgericht, dass der Sponsor (Unternehmer) sich engagiert, um seine Marktposition zu verbessern und ein positives Image seiner selbst aufzubauen. Für unser oberstes Gericht liegt das bestimmende Kriterium in der Natur der *Person* des Sponsors. Mit anderen Worten, im Rahmen einer *dreigliedrigen* Unterteilung ist zu unterscheiden zwischen: (i) kommerziellen Unternehmen, (ii) natürlichen Personen und (iii) Einrichtungen, die einen gemeinnützigem Zweck verfolgen. Unter diesen Voraussetzungen ist Sponsoring als Werbeleistung grundsätzlich steuerbar, wenn der Spendenempfänger den Sponsor, *ein kommerzielles Unternehmen*, offiziell benennt und ihm für

seinen Beitrag dankt, etwa durch Erwähnung im Veranstaltungsprogramm, in einem *Flyer* oder einer Annonce. Bei *natürlichen Personen* ist Sponsoring hingegen nur steuerbar, wenn der Name des Spenders zusammen mit seiner beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit genannt wird, wobei eine einfache Nennung seines Namens in einem offiziellen Bericht nicht ausreichend ist. Und schliesslich gibt es kein steuerbares Sponsoring in Bezug auf von *gemeinnützigen* Vereinen und Stiftungen erbrachte Dienstleistungen, da derartige Spenden Bestandteil ihres Zwecks sind.

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung im Januar 2003 [14] in einem Entscheid über Sponsoringleistungen für eine Oper bestätigt. In diesem Zusammenhang hat es zu-

---

«Die steuerliche Behandlung von Sponsoringleistungen hat sich allerdings mehrfach verändert. Dies zeigt, wie sensibel diese Thematik ist.»

dem die Problematik der Äquivalenz zwischen der allfälligen Gegenleistung der begünstigten Organisation und der Zuwendung des Sponsors angesprochen. Unser oberstes Gericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt:

«Nicht von Bedeutung für die Frage des Leistungsaustausches ist, ob die Gegenleistung mit der erbrachten Leistung wertmässig übereinstimmt bzw. ob sie freiwillig oder aufgrund eines Rechtsanspruchs erbracht wird.» [15]

Mit diesem Entscheid wurde auch ein allfälliges «*Splitting*» der Leistung des Sponsors verneint, durch das zumindest der Teil des bezahlten Betrags, der über den Wert der erbrachten Leistung (Werbung) hinausgeht, als nicht steuerbar geltend gemacht werden sollte, um einer Spende gleichzukommen [16].

Die steuerliche Behandlung von Sponsoring wurde erneut Thema in einem Entscheid zu einer Aktiengesellschaft mit Tätigkeit im Bereich der Filmproduktion [17]. Diese Gesellschaft erhielt Sponsoringleistungen verschiedener Institutionen, deren Rolle die Förderung des Filmschaffens war. Das Bundesgericht bestätigte die eigene Rechtsprechung und befasste sich vor allem mit zwei Zuwendungen, einerseits von einer Stiftung und andererseits von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Da die Stiftung von direkten Steuern befreit war, befand unser oberstes Gericht, dass der Sponsor keine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt und der von der begünstigten Einrichtung erhaltene Betrag somit nicht der MWST unterlag. Die Zuwendungen der GmbH hingegen stellten sehr wohl eine Gegenleistung für steuerbares Sponsoring dar [18].

Schliesslich äusserte sich das Bundesgericht noch in einem Entscheid vom 5. Februar 2010 über die Behandlung des Programms der Schweizer Stiftung *SOS-Kinderdorf*, gesponsert von der Fluggesellschaft *Swiss*. Diese hatte sich verpflichtet, Gelder zugunsten der Stiftung zu sammeln, um sie zu unter-

stützen [19]. In diesem Zusammenhang erinnerte das Bundesgericht daran, dass der Begriff des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Werbeleistung und Entgelt auf dem Grundsatz von «do ut des» beruht und es infolgedessen unerheblich ist zu wissen, wer die Gegenleistung erbringt;

*«Nunmehr gilt im Allgemeinen, dass Bekanntmachungsleistungen, die gemeinnützige Organisationen zugunsten Dritter oder Dritte zugunsten gemeinnütziger Organisationen erbringen, von der MWST ausgenommen sind.»*

diese müsse nicht zwingend direkt vom Begünstigten der Leistung stammen. Im vorliegenden Fall hätte Swiss ohne die «Bekanntmachungsleistungen» keine Spendensammelaktion in die Wege geleitet.

Die ESTV-MWST hat in ihrer Rechtspraxis die Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgegriffen und befürwortet einen weitgefassten Sponsoringbegriff, wonach Sponsoring eine Vergütung einer Werbeleistung der von der Zuwendung begünstigten Forschungseinrichtung ist [20]. Sie hat auch das Kriterium der Natur des Sponsors umgesetzt und unterscheidet die drei oben genannten Kategorien (kommerzielle Unternehmen, natürliche Personen oder gemeinnützige Einrichtungen). Bei dieser Sachlage geht es sogar im Falle eines kommerziellen Unternehmens davon aus, dass es sich nicht um steuerbares Sponsoring handelt, wenn der Sponsor nur im offiziellen Teil eines Jahresberichts, eines Protokolls oder eines Forschungsberichts genannt wird [21].

**3.2.3 Regelung laut Art. 33a MWSTG (1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2009).** Die strenge Rechtspraxis, die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt wurde, führte zuweilen zu Problemen, insbesondere bei gemeinnützigen Einrichtungen, die per Definition von nicht kommerziellen Zielen geleitet werden und deren Tätigkeiten von Mittelzuwendungen abhängig sind. In diesem Zusammenhang kommt Fundraising-Aktivitäten eine entscheidende Bedeutung zu, und in der Praxis wird häufig auf ehrenamtliche Fachleute zurückgegriffen. Nach der Initiative von Fritz Schiesser vom 14. Dezember 2000 traten am 1. Januar 2006 diverse steuerrechtliche Änderungen in Kraft, um den geltenden Rechtsrahmen für den Gemeinnützigkeitssektor zu verbessern, nämlich neben Änderungen auf dem Gebiet der direkten Steuern auch ein neuer Art. 33a MWSTG. Diese neue Bestimmung, die als ausserordentliche Norm für die Berechnung der steuerbaren Grundlage eingeführt wurde (was in systematischer Hinsicht diskussionswürdig ist), unterscheidet zwischen den von gemeinnützigen Organisationen ausgeschütteten und bezogenen Zuwendungen.

Somit erbringen gemeinnützige Organisationen, die Beiträge erhalten keine steuerbaren Gegenleistungen, wenn sie

in Publikationen ihrer Wahl einmalig oder mehrmalig in neutraler Form den Namen oder die Firma des Beitragszahlers nennen oder nur das Logo oder die Originalbezeichnung von dessen Firma verwenden (Art. 33a Abs. 1 aMWSTG). Diese Bestimmung verändert somit grundlegend die vorstehend geschilderte Rechtsprechung. Denn die Nennung der Firma stellt sogar bei von kommerziellen Unternehmen bezogenen Zuwendungen kein steuerbares Sponsoring mehr dar, sofern sie «in neutraler Form» erfolgt. Ebenso bleibt das Medium, in dessen Rahmen die Nennung erfolgt, ohne Relevanz.

Für von gemeinnützigen Organisationen gezahlte Beiträge gilt laut Art. 33a Abs. 2 aMWSTG, dass die Begünstigten keine steuerbare Leistung erbringen, wenn sie den Namen der Organisation in Publikationen ihrer Wahl einmalig oder mehrmalig nennen, was durch die Rechtsprechung bestätigt wurde. Das Gesetz präzisiert allerdings, dass, wenn der Name der gemeinnützigen Organisation zugleich die Firma eines Unternehmens enthält, auch die Nennung dieses Namens in neutraler Form in einer Publikation oder die blosser Verwendung des Logos oder der Originalbezeichnung der Firma keine Gegenleistung darstellt.

**3.2.4 Von der Steuer ausgenommenes Sponsoring (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG).** Art. 33a aMWSTG wurde abgeschafft und zum 1. Januar 2010 durch eine neue Ziffer in Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG ersetzt. Diese neue Vorschrift setzt die Regelung aus Art. 33a aMWSTG damit in rechtssystematischer Hinsicht an die richtige Stelle [22]. Nunmehr gilt im Allgemeinen, dass Bekanntmachungsleistungen, die gemeinnützige Organisationen zugunsten Dritter oder Dritte zugunsten gemeinnütziger Organisationen erbringen, von der MWST ausgenommen sind (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG). Die Norm bezieht sich somit auf alle «Bekanntmachungsleistungen», die von gemeinnützigen Organisationen im Sinne von Art. 3 Buchstabe j MWSTG erbracht oder bezogen werden, eben jene Organisationen, die gemäss Art. 56 Buchstabe g DBG befreit sind.

Man hätte somit annehmen können, dass die Rechtslage nunmehr klaggestellt sei. Dies ist jedoch mitnichten der Fall. Einerseits zwingt uns die Rechtssystematik zu subtilen Unterscheidungen. Andererseits manifestierte sich in der Rechtspraxis, gefolgt von einer bestimmten Lehrmeinung, eine sehr restriktive und schwer zu praktizierende Auslegung von Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG.

Der Begriff «Bekanntmachungsleistung» ist in der Rechtsdoktrin umstritten. Baumgartner/Clavadetscher/Kocher befürworten eine restriktive Auslegung dieses Begriffs, indem sie zwischen Bekanntmachung im engeren Sinne und Werbung unterscheiden [23]. Ihnen zufolge sind allein Leistungen, die sich darauf beschränken, dem Sponsoringpartner für die Unterstützung zu danken, von der Steuer ausgenommen. Werbung, die darauf abzielt, die geschäftliche Tätigkeit oder sogar die Produkte des Sponsors anzupreisen, sollte hingegen steuerbar sein. Camenzind/Honauer ihrerseits unterstützen die Auffassung, dass der Begriff der «Bekanntmachungsleistung» auf eine positive Darstellung (Imageverbesserung) gegenüber einem grossen Empfängerkreis



abzielt, was den Hinweis auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Sponsors einschliesst (z. B. «*Main Sponsor Bank X.*»), aber nicht darüber hinausgehen darf, was die präzise Benennung der Produkte und Leistungen des Sponsors ausschliesst, da diese bereits als Werbung gilt [24]. Für *Glauser* hingegen hält eine solche Auslegung einer systematischen Gesetzesauslegung nicht stand, die parallel zum neuen Art. 3 Buchstabe i MWSTG erfolgen müsse [25]. Ihm zufolge gilt die Zuwendung bei blosser Nennung des Sponsors in neutraler Form als Spende und stellt einen «Nichtumsatz» dar, der in keinerlei Hinsicht steuerbar ist, ohne dass es erforderlich wäre, den Vorgang als von der Steuer ausgenommen zu behandeln.

Die Praxis der ESTV befürwortet ebenfalls eine restriktive Auslegung dieser Bestimmung. In Bezug auf die steuerliche Behandlung der von einer gemeinnützigen Einrichtung bezogenen und erbrachten Zuwendungen nimmt die ESTV eine dreigliedrige Unterteilung vor. Erstens sind *Spenden* gemäss Art. 3 Buchstabe i MWSTG Nichtumsätze, die nicht unter die MWST fallen. Gleiches gilt für geleistete Beiträge bei Nennung in neutraler Form in einer Publikation. Zweitens sind *Bekanntmachungsleistungen zugunsten Dritter (stricto sensu)* zwar von der Steuer ausgenommen (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG), aber insoweit als der verfolgte Zweck darauf ausgerichtet ist, den Namen des Mittelgebers mit einer Veranstaltung oder einer Organisation zu verbinden. Es geht hier darum, den Geber bekannt zu machen, um Anerkennung für sein soziales Engagement zu schaffen. Drittens: *Werbeleistungen* sind hingegen steuerbar. Dies gilt auch, wenn nicht die Kommunikation der Unterstützung an erster Stelle steht, sondern die Förderung eines gemeinnützigen Unternehmens bzw. einer gemeinnützigen Organisation, seiner/ihrer Leistungen (verkaufte Produkte) oder seiner/ihrer Tätigkeit [26].

Nach unserer Auffassung schafft Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG eine neue Vorschrift, die grundlegend von den subtilen Unterscheidungen des Art. 33a MWSTG [27] abweicht. Es wird allgemein geregelt, dass alle Leistungen gemeinnütziger Organisationen, die als *Bekanntmachungsleistungen* zugunsten Dritter (bzw. Leistungen Dritter, die als *Bekanntmachungsleistungen* zugunsten gemeinnütziger Organisationen) gelten, von der Steuer ausgenommen sind. Das für die Unterstützung genutzte Medium (z. B. Konferenz, Logo, Broschüre oder Jahresbericht) ist hierbei unerheblich. Aus systematischer Perspektive kann bei dieser Art von Leistungen auch eine *Spende* im Sinne von Art. 3 Buchstabe i MWSTG gelten. Dieser Bestimmung zufolge handelt es sich bei Spenden, die Nichtumsätze sind, um Zuwendungen an Dritte ohne erwartete Gegenleistung, insbesondere dann, wenn sie einmalig oder mehrmalig *in neutraler Form* in einer Publikation genannt werden, sogar im Falle der Nennung der Firma des Spenders oder Verwendung seines Logos. Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG würde rechtlich irrelevant, wenn er darauf beschränkt wäre, nur auf neutrale Auskünfte ausgelegt zu sein, die keinesfalls vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind, weil sie als Spenden im Sinne von Art. 3 Buchstabe j MWSTG gelten [28].

Daraus folgt unserer Ansicht nach ein zweistufiges Vorgehen. Zunächst ist zu prüfen, ob die Förderleistung gegeben-

falls als Spende gilt (Art. 3 Buchstabe i MWSTG). Dies gilt beispielsweise für eine gemeinnützige Stiftung, die sich auf ihrer Website in neutraler Form bei einer Bank bedankt, die sie regelmässig unterstützt, und dabei deren Logo und Geschäftstätigkeit angibt [29]. Gleiches gilt für Förderbeiträge, die von gemeinnützigen Einrichtungen gezahlt werden, wenn deren Empfänger lediglich in neutraler Form den Namen der gemeinnützigen Organisation in Publikationen nennen [30]. Um als Spende zu gelten, muss die Kommunikation allerdings *neutral* sein, das heisst, es darf nicht auf die beruflichen Qualitäten des Sponsors oder die Qualität seiner Produkte Bezug genommen werden [31]. Nach dieser Hypo-

---

*«Bleibt die Frage, ob es sinnvoll ist, eine ergänzende Unterscheidung zwischen Bekanntmachungsleistungen im engeren Sinne und Werbeleistungen zu machen.»*

these handelt es sich um einen «Nichtumsatz»; es besteht keine MWST-Relevanz, und es ergibt sich keine Auswirkung auf den Anspruch auf Vorsteuerabzug. In einem zweiten Schritt sind auch Leistungen, die über eine einfache neutrale Nennung hinausgehen und der Bekanntmachung der gemeinnützigen Organisation dienen (oder andersherum Leistungen von gemeinnützigen Organisationen zur Bekanntmachung Dritter) nicht steuerbar und von der Steuer ausgenommen (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG). In diesem Zusammenhang erhaltene Beträge mindern somit den Anspruch auf Rückerstattung der Vorsteuer.

Bleibt die Frage, ob es sinnvoll ist, eine ergänzende Unterscheidung zwischen *Bekanntmachungsleistungen im engeren Sinne* und *Werbeleistungen zu machen*. Nach unserer Auffassung ist Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG sehr allgemein abgefasst und enthält keine Forderung betreffend die Modalitäten der *Bekanntmachungsleistungen*. Unserer Ansicht nach entscheidend ist nach Ausschluss der Spendeneigenschaft (i) die *Bekanntmachung Dritter* und (ii) die *Beteiligung einer gemeinnützigen Organisation*. Die *Bekanntmachung* ist ein bereits vom Bundesgericht verwendeter Begriff zur Bezeichnung von *Sponsoringleistungen*. Greift man die Definition des steuerbaren *Sponsoring* im *leading case* des Festivals von Davos (siehe 3.2.2) auf, so stellt man fest, dass die von einem kommerziellen Unternehmen geleistete Zahlung zugunsten eines Musikfestivals mit dem Ziel, das Image des Unternehmens in den Augen der Öffentlichkeit zu verbessern (*Bekanntmachungsleistung*), als *Werbeleistung* gewertet wurde. Das Bundesgericht formulierte wie folgt:

«Unter *Sponsoring* versteht man im Allgemeinen die Gewährung von Geldleistungen, geldwerten Vorteilen oder sonstigen Zahlungen durch Unternehmen, die auf diese Weise Personen, Gruppen und/oder Organisationen im sportlichen, kulturellen, sozialen oder ökologischen Bereich oder in aus Sicht des Unternehmens ähnlich bedeutenden Bereichen unterstützen möchten und die



# Immer auf dem aktuellsten Stand im Steuerrecht

Mit **25%** Preisvorteil für Mitglieder von 



**PrintPlu\$**  
Buch inkl. E-Book  
www.schulthess.com

**Steuerrecht 2019**  
DBG, StHG, VStG, StG, MWSTG, OECD-MA, diverse internationale Abkommen und Ausführungsbestimmungen, StG ZH mit Verordnungen, Kreisschreiben, Merkblättern, Rundschreiben und diversen Service-Seiten.  
Textausgabe mit Anmerkungen.

**Pascal Hinny (Hrsg.)**  
Januar 2019

**PrintPlu\$**  
2506 Seiten, gebunden  
978-3-7255-7949-5  
**CHF 96.00** anstelle von CHF 128.00

*Steuerrecht 2019* ist die bewährte, kompakte Sammlung aller im Schweizer Steuerrecht relevanten Gesetze, Abkommen, Auszüge aus weiteren Bundeserlassen sowie den 100 wichtigsten Kreisschreiben, Rundschreiben und Merkblättern.

Auf mehr als 100 Service-Seiten finden Sie ausserdem diverse aktuelle und von den Kantonen geprüfte Übersichten zu verschiedenen Steuersätzen und Praktiken in allen Kantonen (Einkommen-, Vermögen-, Gewinn-, Kapital-, Erbschaft-, Schenkungs-, Grundstückgewinn-, Handänderungssteuer, Milderung wirtschaftlicher Doppelbelastung, Pauschalbesteuerung, Kapitalleistungen aus Vorsorge und verschiedene Quellensteuersätze für VR, Künstler und Sportler, Übersichten zu Dop-

pelbesteuerungsabkommen, zum automatischen Informationsaustausch etc.).

Nützliche Adressen und ein umfassendes Stichwortregister ergänzen das Werk. *Steuerrecht 2019* unterscheidet sich von anderen Gesetzes-sammlungen durch die zahlreichen, jährlich angepassten Querverweise zu weiteren relevanten Gesetzesbestimmungen sowie anwendbaren Verordnungen und Kreisschreiben. Sämtliche Neuerungen per 1.1.2019 wurden nachgeführt und für spätere Zeitpunkte beschlossenen Änderungen angezeigt.

PrintPlu\$: Profitieren Sie zusätzlich zum Buch von den uneingeschränkten Möglichkeiten eines E-Books auf Ihrem PC, Mac oder Tablet!

Um von diesen Vorzugspreisen zu profitieren, richten Sie Ihre Bestellung bitte wie folgt an [shop@expertsuisse.ch](mailto:shop@expertsuisse.ch):

**Betreffzeile:** Bestellung Steuerrecht 2019

**E-Mail-Text:** Name, Vorname, EXPERTsuisse-Mitgliedsnummer, Lieferanschrift, Rechnungsanschrift, Bestellmenge.

damit zugleich Marketing- und Kommunikationszwecke in Bezug auf ihr eigenes Unternehmen [32] verfolgen.»

Damals begründete man die Versteuerung mit der Tatsache, dass die Leistung zur Imageverbesserung diene und damit als Werbung zu werten sei. Es ist nur schwer nachvollziehbar, wie es plötzlich sein kann, dass dieselben Leistungen,

*«Im Übrigen können sich gemeinnützige Einrichtungen sogar bei von der Steuer ausgenommenen Leistungen für die Versteuerung entscheiden (Art. 22 MWSTG).»*

die stets der Imageförderung (Bekanntmachung) dienen und ganz klar unter den Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG fallen, nicht von der Steuer ausgenommen sind, obwohl sie im Wesentlichen das gleiche Ziel verfolgen.

Somit sind alle Sponsoringleistungen Bekanntmachungsleistungen zugunsten Dritter, die der Öffentlichkeit in einer Weise zur Kenntnis gebracht werden, die über die blosser Nennung in neutraler Form in einer Publikation hinausgeht. Das Ziel einer Bekanntmachungsleistung zugunsten Dritter besteht darin, den Namen des Geldgebers mit den *Tätigkeiten* der gemeinnützigen Organisation zu verknüpfen und im Gegenzug seine eigene Wahrnehmung in der Öffentlichkeit zu verbessern. Infolgedessen sind alle Danksagungen der gesponserten Organisation, die dazu dienen, den Sponsor mit der Tätigkeit der gemeinnützigen Organisation zu verknüpfen und damit dazu beitragen, sein Image zu verbessern, von der Steuer ausgenommen. Es erscheint somit evident, dass Danksagungen, die die Verdienste des Sponsorunternehmens hervorheben – zum Beispiel durch Erwähnung seiner wohltätigen/gemeinnützigen Aktivitäten, seines unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung der Belange der nachhaltigen Entwicklung oder seiner Methoden zur Erhaltung der Arbeitszufriedenheit seiner Mitarbeitenden –, ganz unbestritten Aussagen darstellen, die das Image des Spenders verbessern. Gleiches gilt jedoch für Danksagungen, die es in der Regel ermöglichen, den Sponsor und das gesponserte Unternehmen miteinander in Verbindung zu bringen. Das wesentliche Kriterium des Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG ist somit die Erbringung einer Bekanntmachungsleistung (hierin eingeschlossen Werbung), die mit den spezifischen Aktivitäten des gesponserten Unternehmens verbunden ist. Aus dieser Perspektive offenbart das Beispiel des Busses für einen gemeinnützigen Verein, das von der ESTV in ihrer Broschüre vorgestellt wird, die unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten der restriktiven Rechtspraxis der Behörde [33]. Gemäss der ESTV ist die Übergabe eines Busses im Wert von geschätzten 50 000 CHF ohne den Hinweis «mit freundlicher Unterstützung» steuerbar. Durch die Verwendung des Logos wird jedoch unbestreitbar das Image des Spenderunternehmens verbessert und sein Name mit den Aktivitäten der Organisation ver-

knüpft. Und eben das ist laut Gesetzestext entscheidend. Der Maler, der den zusätzlichen Hinweis vergessen und wahrscheinlich unentgeltlich gearbeitet hat, war sich der Schwere seines Fehlers wohl nicht bewusst...

**3.3 Sonstige steuerbare Leistungen.** Soweit sie nicht ausdrücklich in der Liste nach Art. 21 Abs. 2 MWSTG aufgeführt sind, unterliegen sonstige von gemeinnützigen Einrichtungen gegen Entgelt erbrachte Leistungen der MWST. In der Praxis sind vor allem Restaurationsdienstleistungen (Cafeteria) [34], der Verkauf von Waren oder Gegenständen (Bücher, Merchandising) oder gar der Verkauf von Kunstwerken durch eine Einrichtung (mit Ausnahme der Fälle nach Ziffer 17 [s. o.]) komplex. Gleiches gilt für den Verkauf von Artikeln (Führer, «Merchandising») im Rahmen von Museen sowie allfällige Entgelte für Führungen oder die Vermietung von Werken im Hinblick auf ihre Ausstellung in anderen Museen [35]. Zudem sind Entgelte für Werbung, die über die Bedingungen von Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG hinausgehen, insbesondere mangels Zusammenhang mit einer Veranstaltung oder sonstigen Aktivitäten einer gemeinnützigen Einrichtung (z. B. Werbedienstleistungen in den Medien), ebenfalls steuerbar [36].

Im Übrigen können sich gemeinnützige Einrichtungen sogar bei von der Steuer ausgenommenen Leistungen für die Versteuerung *entscheiden* (Art. 22 MWSTG), vorbehaltlich der Fälle nach Art. 22 Abs. 2 MWSTG. Diese Möglichkeit kann sich für Einrichtungen als interessant erweisen, die im Vorfeld erhebliche Vorsteuersummen zu tragen haben. Man wird allerdings feststellen, dass die Option – insbesondere im kulturellen Bereich – oftmals nicht günstig ist, da der Anspruch auf Rückerstattung der Vorsteuer zuweilen anteilig zu allfällig bezogenen Subventionen gemindert wird, was zur Kürzung des Vorsteuerabzugs führt (s. Art. 33 Abs. 2 MWSTG).

## 4. STEUERLICHE BEHANDLUNG DER EINKOMMENSQUELLEN DER EINRICHTUNG

**4.1 Finanzierung (Einlagen und Darlehen).** Wie bereits oben erwähnt, ist die MWST auf gegen Entgelt erbrachte Leistungen fällig. Einlagen und Darlehen stellen Finanzierungsmittel dar, die nicht vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind [37]. Sie bleiben damit ohne Wirkung auf den Anspruch auf Vorsteuerabzug.

**4.2 Spenden.** Wesentlich ist die Spendeneigenschaft. Eine Spende wird wie ein Nichtumsatz behandelt (Art. 18 Abs. 2 Buchstabe d, mit Bezug zu Art. 3 Buchstabe i MWSTG). So gesehen ergibt sich keinerlei Auswirkung auf den Vorsteuerabzug, da die Spende nicht vom Geltungsbereich des MWSTG erfasst ist [38]. Spendeneigenschaft besitzen Zuwendungen an einen Dritten ohne Erwartung einer Gegenleistung (Art. 3 Buchstabe i MWSTG) [39]. Das wesentliche Kriterium für eine Spende im mehrwertsteuerlichen Sinne ist damit das Nichtvorliegen einer Leistung des Empfängers im Austausch gegen die Spende. Die Spende stammt aus einer anderen Quelle als dem Gemeinwesen; wenn die Zuwendung dem öffentlichen Gemeinwesen entstammt, stellt sie damit grund-

sätzlich eine Subvention dar. Der Spender leistet seinen Beitrag aus freien Stücken und erwartet keinerlei Gegenleistung vom Begünstigten.

Die erwähnten Zuwendungen besitzen Spendeneigenschaft, wenn die Zuwendung in einer Publikation in neutraler Form einmalig oder mehrmalig erwähnt wird, selbst wenn dabei die Firma oder das Logo des Spenders verwendet wird (Art. 3 Buchstabe i Ziffer 1 MWSTG). Diese neue Be-

---

*«Die steuerliche Behandlung von Subventionen war von Beginn an umstritten. Bei Inkrafttreten der MWST wurde in der Rechtspraxis tendenziell unterschieden zwischen echten und unechten Subventionen.»*

stimmung weicht, wie wir gesehen haben, von der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach altem Recht im Bereich Sponsoring ab [40]. Damit gilt: Solange eine Leistung des Spendenempfängers innerhalb der Grenzen von Art. 3 Buchstabe i Ziffer 1 MWSTG verbleibt (insbesondere unter Verwendung einer «neutralen» Form), wird die Zuwendung als Spende behandelt. Bei dieser Rechtslage stellen selbst Spenden eines *kommerziellen Unternehmens*, die Gegenstand einer Danksagung seitens des Spendenempfängers (gemeinnützige Einrichtung) ist, keine steuerbare Leistung mehr dar [41].

Beiträge von Passivmitgliedern sowie von Spendern an Vereine oder gemeinnützige Organisationen gelten ebenfalls als Spenden (Art. 3 Buchstabe i Ziffer 2 MWSTG). Diese Beiträge gelten auch dann als Spenden, wenn die gemeinnützige Organisation ihren Gönnern freiwillig Vorteile im Rahmen des statutarischen Zwecks gewährt, «sofern sie dem Gönner oder der Gönnerin mitteilt, dass kein Anspruch auf die Vorteile besteht» (Art. 3 Buchstabe i Ziffer 2 in fine MWSTG). Daraus folgt, dass diese Beiträge bei Nichtvorliegen spezifischer Leistungen der gemeinnützigen Einrichtung für ihre grosszügigen Spender als Spenden gelten.

**4.3 Subventionen.** Die steuerliche Behandlung von Subventionen war von Beginn an umstritten [42]. Bei Inkrafttreten der MWST wurde in der Rechtspraxis tendenziell unterschieden zwischen echten und unechten Subventionen. Wenn eine Subvention das Entgelt für die vom Begünstigten erbrachte Leistung darstellt, besteht ein Leistungsaustausch, und die Subvention verdient die Bezeichnung «Subvention» nicht (ist damit «unecht»), da sie die Steuerbasis darstellt [43]. Ist die Subvention hingegen nicht Bestandteil eines Leistungsaustauschs, ist keine MWST fällig («echte» Subvention). Dieser Auffassung folgend ist die Subvention keine mehrwertsteuerliche Angelegenheit und dürfte somit keinen Einfluss auf den Anspruch auf Vorsteuerabzug haben [44]. Das Bundesgericht ist dieser Unterscheidung jedoch nicht ge-

folgt [45]. Ihm zufolge sind die dank der Subventionen erworbenen Waren und Dienstleistungen teilweise zu nicht steuerbaren Zwecken erworben worden, da der Preis der erbrachten Leistung durch die Subvention gemindert worden ist [46]. Das Gewähren des Rechts auf Vorsteuerabzug würde somit eine Befreiung ohne gesetzliche Grundlage bieten, die einer «neuen Subvention» gleichkäme [47].

Das MWSTG definiert den Begriff Subvention nicht genau [48]. Die ESTV definiert Subventionen und sonstige öffentlich-rechtliche Beiträge als geldwerte Vorteile, die von einem Gemeinwesen unentgeltlich gewährt werden, das heisst, ohne dass der Begünstigte eine direkte Gegenleistung erbringt [49]. Sie dienen insbesondere der Gewährleistung oder Förderung einer gemeinnützigen Aufgabe, die zu übernehmen der Begünstigte sich bereit erklärt hat (Art. 29 Buchstabe a und d MWSTV; z. B. Finanzhilfen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Subventionsgesetz [SuG]) oder zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich aus der Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabe ergeben (z. B. Abgeltungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a SuG), sofern kein Leistungsverhältnis vorliegt (Art. 29 Buchstabe b und d MWSTV) [50]. Auch im Bundesrecht findet sich im Subventionsgesetz eine Definition. Das Bundesgesetz über Subventionen unterscheidet zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen. «Finanzhilfen» sind definiert als «Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten» [51]. Abgeltungen sind «Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich ergeben aus der Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben» (Art. 3 Abs. 2 SuG).

Im neuen Recht wird in Art. 18 Abs. 2 MWSTG der Begriff des Nichtumsatzes definiert. In diesem Sinne bleibt die Unterscheidung zwischen echten und unechten Subventionen anwendbar, weil von dieser Bestimmung nur die (echten) Subventionen erfasst sind, die nicht im Rahmen eines Leistungsaustauschs angeboten werden. Die Botschaft zur Vereinfachung bestätigt das. Darin heisst es:

«Aus Sicht der Systematik der MWST ist im Rahmen der Subventionen immer zu prüfen, ob die betreffenden Zahlungen ein Entgelt für eine Leistung darstellen. Wie die Zahlungen bezeichnet werden, ist hierbei nur bedingt relevant» [52].

Dieser Hypothese folgend handelt es sich um unechte Subventionen. Grundsätzlich wird damit anerkannt, dass sich Subventionen nur auf Nichtumsätze seitens öffentlicher Stellen beziehen [53]. Jedoch richten sich die ausgeführten und subventionierten Aufgaben im gemeinnützigen Bereich im Allgemeinen an einen unbestimmten Kreis von Begünstigten [54]. Daraus folgt, dass die von gemeinnützigen Einrichtungen bezogenen Subventionen oftmals echte Subventionen sein werden, da sie ohne Gegenleistung erbracht werden. Es ist daher zu überprüfen, ob Art. 33 Abs. 2 MWSTG anwendbar ist, insbesondere mit der Folge einer Kürzung des Vorsteuerabzugs. Zu beachten ist, dass der Begriff der Subvention im Sinne dieser Bestimmung enger auszulegen ist [55].

**4.4 Sponsoring.** Sponsoring bezieht sich, wie wir gesehen haben, auf Mittel, die die Einrichtung im Rahmen eines Leistungsaustauschs für die öffentliche Würdigung des Sponsors (Unternehmen oder Einzelperson) erhält. Derartige Zahlungen stellen eine Einkommensquelle für die Einrich-

*«Sponsoring bezieht sich auf Mittel, die die Einrichtung im Rahmen eines Leistungsaustauschs für die öffentliche Würdigung des Sponsors (Unternehmen oder Einzelperson) erhält.»*

tung dar, die die Zahlungen erhält. Die steuerliche Behandlung dieser Zahlungen wurde weiter oben analysiert [56]. Wie wir gesehen haben, behandelt Art. 21 Abs. 2 Ziffer 27 MWSTG Leistungen zur Würdigung des Unternehmens als von der Steuer ausgenommene Zahlungen und zwar insoweit, als die Zahlungen nicht als Spende im Sinne von Art. 3 Buchstabe i MWSTG gelten. Man wird feststellen, dass die Sponsoringzahlungen für die sie leistenden Unternehmen gemeinhin als Anschaffungskosten von den direkten Steuern/vom Einkommen abziehbar sind (Werbung) und das selbst dann, wenn diese Zahlungen bei den Begünstigten von der MWST ausgenommen sind.

Im Wesentlichen ist, wie oben ausgeführt, zu unterscheiden zwischen Spenden (per Definition entgeltlos), Bekanntmachungsleistungen (von der Steuer ausgenommen) und Kommunikationsleistungen (steuerbar). Gemeinhin gilt, dass eine gemeinnützige Einrichtung, die einen Beitrag erhält, keine Leistung erbringt, wenn sie in Publikationen ihrer Wahl einmalig oder mehrmalig in neutraler Form nur den Namen oder die Firma des Spenders nennt oder lediglich das Logo des Spenders verwendet (Art. 3 Buchstabe i MWSTG) [57]. Verbindet jedoch derselbe Empfänger ein Unternehmen mit seiner Tätigkeit bzw. einer Veranstaltung und zielt damit darauf ab, das Unternehmen, das ihn sponsert bekannt zu machen, ist dieser Vorgang von der Steuer ausgenommen (Art. 21 Ziffer 27 MWSTG). Nur wenn der Vorgang über die Bekanntmachungsleistung hinausgeht, insbesondere weil die Zuwendung eines Unternehmens nicht darauf ausgerichtet ist, sich mit der Tätigkeit der wohlthätigen Einrichtung in Verbindung zu bringen, handelt es sich um einen steuerbaren Vorgang.

**4.5 Beiträge.** In der Vergangenheit wurden feine Abgrenzungen getroffen zwischen «echten» Beiträgen, die als Nichtumsätze behandelt werden, und «unechten» Beiträgen, die im Rahmen eines Leistungsaustauschs fließen [58]. So hat das Bundesgericht unter dem alten Recht bestätigt, dass die Zahlung gesetzlicher Beiträge von Mitgliedern zugunsten des Zwecks der Einrichtung nicht im Rahmen eines Leistungsaustauschs erfolgt, da sie kein Entgelt für eine

steuerbare Leistung darstellt. Man spricht daher von «echten Beiträgen» [59]. Nur wenn die Einrichtung eine spezifische Leistung für einige Mitglieder erbringt («unechte» Beiträge), wird diese eine Leistung im mehrwertsteuerlichen Sinne. Im vorliegenden Fall befand unser oberstes Gericht, dass die von den Spendern an die REGA gezahlten Beiträge ein Entgelt für eine mehrwertsteuerpflichtige Leistung darstellten, weil die Organisation in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Kostenübernahme für Hilfeleistungen an den Spender zusicherte, auch wenn seine Hauptmotivation die finanzielle Unterstützung der REGA war.

Das neue Recht präzisiert die geltende Regelung. Erstens können bestimmte Beiträge Spendeneigenschaft besitzen und somit nicht Teil der steuerbaren Leistung sein (Art. 18 Abs. 2 MWSTG). Das gilt für Beiträge passiver Mitglieder oder Beiträge von Spendern zugunsten gemeinnütziger Vereine oder Organisationen. Gleiches gilt für Beiträge von Spendern, wenn die gemeinnützige Organisation ihren Gönnern freiwillig Vorteile im Rahmen des statutarischen Zwecks gewährt, «sofern sie dem Gönner oder der Gönnerin mitteilt, dass kein Anspruch auf die Vorteile besteht» (Art. 3 Buchstabe i MWSTG). Nach dieser Auffassung werden die Beiträge als Nichtumsätze behandelt, die damit nicht vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind und keine Wirkung auf den Anspruch auf Rückerstattung der Vorsteuer haben. Zweitens sind Leistungen von nichtgewinnstrebigem Organisationen, die diese für ihre Mitglieder gegen Zahlung eines gesetzlichen Beitrags erbringen, nach dieser Bestimmung von der MWST ausgenommen, soweit sie nicht als Spenden gemäss oben genanntem Art. 3 Buchstabe i MWSTG gelten (Art. 21 Abs. 2 Ziffer 13 MWSTG). Daraus ergibt sich, dass die Beiträge der aktiven Mitglieder einer gemeinnützigen Einrichtung in der Regel von der MWST ausgenommen sind, soweit sie durch die Statuten festgeschrieben sind und im Gegenzug Anspruch auf eine für jedes Mitglied bzw. jede Mitglieds-kategorie identische Leistung verleihen [60]. Der Begriff des passiven Mitglieds ist im Wesentlichen ausgelegt auf den Zusammenhang zwischen dem Vereinsmitglied und dem gezahlten Beitrag. Daher gilt jedes Mitglied als

*«Im Wesentlichen ist zu unterscheiden zwischen Spenden (per Definition entgeltlos), Bekanntmachungsleistungen (von der Steuer ausgenommen) und Kommunikationsleistungen (steuerbar).»*

aktiv, dessen Beitrag mit einem besonderen Vorteil verbunden ist, der über die blossе finanzielle Unterstützung des Vereins hinausgeht [61]. Drittens muss man sich in jedem Fall vergewissern, ob es nicht einen Leistungsaustausch zwischen dem Beitrag des (aktiven) Mitglieds und einer Leistung der Einrichtung gibt [62]. Denn soweit die Einrichtung



für bestimmte Mitglieder Sonderleistungen im Rahmen eines Leistungsaustauschs erbringt, handelt es sich um einen «unechten» Beitrag, der sodann steuerbar ist [63].

Es gibt damit potenziell drei unterschiedliche steuerliche Situationen, wie das folgende Beispiel aus der MWST-Info 05 zeigt. Ein gemischter Chor in Form eines gemeinnützigen Vereins besteht aus Mitgliedern, die regelmässig an den Proben und Konzerten teilnehmen und einen jährlichen Mitgliederbeitrag von 60 CHF bezahlen, sowie aus Passivmitgliedern, die einen jährlichen Beitrag bezahlen und dafür einen Rabatt auf die Konzerteintrittspreise erhalten [64]. Erstere bezahlen (echte) Beiträge, die keine Spendeneigenschaft besitzen, aber von der MWST ausgenommen sind (Art. 21 Ziffer 13 MWSTG), wohingegen die Beiträge von letzteren nicht mehrwertsteuerlich relevant sind und als Nichtumsätze behandelt werden (Art. 3 Buchstabe i MWSTG). Bietet der gemischte Chor jedoch einem der Mitglieder im Austausch gegen einen (unechten) Sonderbeitrag ein Konzert an, so ist der Vorgang Teil eines Leistungsaustauschs und unterliegt der MWST.

## 5. STEUERPFlicht

Im Allgemeinen ist steuerpflichtig, wer unabhängig von Rechtsform, Zweck und Gewinnabsicht ein Unternehmen betreibt, soweit das Unternehmen Leistungen auf schweizerischem Staatsgebiet erbringt, oder wer Sitz, Wohnsitz oder Betriebsstätte auf schweizerischem Staatsgebiet hat (Art. 10 Abs. 1 MWSTG). Die Steuerpflicht ist mit der Annahme einer dauerhaften kommerziellen Tätigkeit verbunden. Laut Bundesgericht bemisst sich der *dauerhafte* Charakter einer Tätigkeit nach den Gesamtumständen, das heisst insbesondere nach bestimmten (objektiven) Kriterien wie:

«ein Engagement über mehrere Jahre, eine geplante Aktion, eine auf Wiederholung ausgelegte Aktivität, die Realisierung mehrerer Vorgänge, die Ausführung mehrerer Aktionen gleicher Art in einem gleichen Zeitraum, Intensität der Aktivität, Teilhabe am Markt, Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit, Art und Weise, wie man gegenüber den Behörden auftritt» [65].

Im vorliegenden Fall wurde die Tätigkeit einer Organisation für das 150-Jahre-Jubiläum der Eidgenossenschaft, die zwar für ein einmaliges Ereignis gegründet wurde, als dauerhaft betrachtet, weil sie mehrere Jahre lang existiert und eine regelmässige Tätigkeit betrieben hat, um das Jubiläum durchzuführen. Um dauerhaft zu sein, muss sich die Aktivität hingegen im Laufe der Zeit entwickeln. Nach unserer Auffassung erfüllen eine einmalige Aktion oder ein sich nicht wiederholender Basar nicht die Bedingung der Dauerhaftigkeit. Anders ist die Lage etwa, wenn eine gemeinnützige Einrichtung beginnt, über einen bestimmten Zeitraum systematisch und geplant Kunstwerke zu verkaufen.

Gesetzlich *befreit* von der Steuerpflicht sind Unternehmen, die innerhalb eines Jahres im In- und Ausland weniger als 100 000 CHF Umsatz aus Leistungen erzielen, die nicht von der Steuer ausgenommen sind (Art. 10 Abs. 2 Buchstabe a MWSTG). Bereits daraus ergeben sich häufig Situationen der Befreiung im Philanthropiesektor, da der steuerbare Umsatz oftmals unterhalb der MWST-Schwelle liegt.

Viele Tätigkeiten gemeinnütziger Einrichtungen sind von der MWST ausgenommen (siehe unten).

Zudem ist auch von der MWST befreit, wer als nicht gewinnstrebig, ehrenamtlich geführter Sport- oder Kulturverein oder als gemeinnützige Institution innerhalb eines Jahres im In- und Ausland weniger als 150 000 CHF Umsatz aus Leistungen erzielt, die nicht nach Art. 21 Abs. 2 von der Steuer ausgenommen sind (Art. 10 Abs. 2 Buchstabe c MWSTG). Eine gemeinnützige Institution ist eine Organisation, die den festgelegten Kriterien für die direkte Bundes-

*«Will man gemeinnützige Institutionen begünstigen, sollte man sich auf die von ihnen bezogenen oder erbrachten Leistungen konzentrieren.»*

steuer im Sinne von Art. 56 Buchstabe g DBG (Art. 3 Buchstabe j MWST) entspricht. In der Rechtsprechung stützt sich die ESTV auf die Bescheinigung der kantonalen Steuerverwaltung, mit der die Organisation vollständig von der direkten Bundessteuer befreit ist [66].

Daraus folgt, dass viele gemeinnützige Institutionen nicht steuerpflichtig sind. Neben der Tatsache, dass die meisten der von ihnen erbrachten Leistungen von der MWST ausgenommen sind, ist die Schwelle für die Steuerpflichtigkeit für sonstige Aktivitäten höher. Zudem könnten die Bedingungen der Regelmässigkeit und der Dauerhaftigkeit Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Steuerpflicht verursachen.

Das Unternehmen kann allerdings auf die Befreiung *verzichten* (Art. 11 MWSTG). Auf dem Gebiet der Gemeinnützigkeit bedarf diese Möglichkeit einer genaueren Beleuchtung, insbesondere wenn die Institution im Vorfeld erhebliche Vorsteuersummen zu tragen hat. In diesem Fall kann sie von der geschuldeten MWST den MWST-Betrag abziehen, den sie vorab ausgelegt hat.

## 6. FAZIT

Die steuerliche Behandlung des Philanthropiesektors auf dem Gebiet der MWST wirft komplexe Fragen auf. Der Gesetzgeber muss berücksichtigen, dass die MWST im Gegensatz zu den direkten Steuern Tätigkeiten von Steuerpflichtigen betrifft, und gemäss dem Ziel des Gesetzes soll nicht der Steuerpflichtige die Steuer tragen, sondern der Endverbraucher. Daraus folgt, dass die zuweilen befürwortete Lösung, gemeinnützige Institutionen wie bei den direkten Steuern zu befreien, nicht unbedingt der richtige Ansatz ist. Will man gemeinnützige Institutionen begünstigen, sollte man sich auf die von ihnen bezogenen oder erbrachten Leistungen konzentrieren.

Das neue Gesetz verschafft so einen besseren Überblick über die gemeinnützigen Tätigkeiten. Der Grossteil dieser Tätigkeiten ist von der MWST ausgenommen, hierin eingeschlossen sind Zuwendungen in Zusammenhang mit Spon-

soring (Bekanntmachungsleistung zugunsten Dritter), die in der Vergangenheit zahlreiche Probleme aufgeworfen haben. Zudem sind gemeinnützige Einrichtungen oftmals auch von der Steuerpflicht befreit, weil sie die Schwelle von 150 000 CHF nicht erreichen.

Die Position der gemeinnützigen Organisationen ist weiterhin Gegenstand von Kontroversen, insbesondere die Auslegung des Begriffs der Bekanntmachungsleistung zugunsten Dritter bzw. gemeinnütziger Organisationen gemäss Art. 21 Ziffer 27 MWSTG. Die von einigen Autoren vorgeschlagene enge Auslegung hält der wörtlichen und systematischen Auslegung des Gesetzes nicht stand. Einerseits entspricht der Begriff der Bekanntmachungsleistung zugunsten Dritter im Wesentlichen dem des Sponsoring im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Vergangenheit. Andererseits werden Zuwendungen, die in neutraler Form in einer Publikation erwähnt werden (selbst bei Nennung der Firma des Spenders oder Verwendung seines Logos), vollumfänglich als Spenden behandelt, die mangels einer Gegenpartei Nichtumsätze darstellen (Art. 3 Buchstabe i

MWSTG). Wird also eine gemeinnützige Aktivität von der Steuer ausgenommen, kann sich dies als kostspielig für bestimmte Einrichtungen erweisen, wenn ihnen im Vorfeld erhebliche MWST-Zahlungen entstehen, die ihnen von Dritten in Rechnung gestellt werden (Sicherheitsgebühren, IT, diverse Dienstleistungen usw.). In diesem Fall sollte eine allfällige Wahlmöglichkeit für die Versteuerung geprüft werden. Für diese Lösung muss sodann die Höhe des Prozentsatzes des Vorsteuerabzugs überprüft werden. Es sei insbesondere daran erinnert, dass das Gesetz bei subventionierten Institutionen bestätigt, dass für Mittel aus (echten) Subventionen im Sinne des Art. 18 Buchstabe a bis c MWSTG keine Möglichkeit zum Vorsteuerabzug besteht (Art. 33 Abs. 2 MWSTG). Abschliessend wäre nach Beilegung der Kontroversen rund um die Auslegung eine endgültige, vertretbare Lösung für die gemeinnützigen Organisationen, dass der Gesetzgeber eines Tages beschliesst, Subventionen wie Spenden zu behandeln und damit die anteilige Kürzung des Vorsteuerabzugs abzuschaffen. ■

**Anmerkungen:** 1) Der Autor war Mitglied der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (SRK) seit ihrer Gründung im Jahr 1994 bis zu ihrer Auflösung am 31. Dezember 2006 gleichzeitig mit der Gründung des Bundesverwaltungsgerichts (BVG). 2) Siehe Art. 56 Buchstabe g Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG); 23 Buchstabe f (Steuerharmonisierungsgesetz) StHG. 3) Das neue MWSTG sieht insbesondere vor, dass Tätigkeiten, die von der Steuer ausgenommen sind, fortan auch freiwillig (optional) versteuert werden können, und zwar durch einfache Erklärung der Versteuerung in der MWST-Abrechnung. In dieser Hinsicht ist eine Ausweisung der MWST in der Rechnung nicht mehr obligatorisch. 4) Mollard P./Oberson X./Tissot Benedetto A., *Traité TVA*, Basel 2009, S. 3. 5) Baumgartner I./Clavadetscher D./Kocher M., *Vom Alten zum Neuen Mehrwertsteuergesetz*, Langenthal 2010, S. 23. 6) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts A-1383/2015 vom 4. März 2016 Erwägung 2.3 bestätigt durch Bundesgerichtsentscheid 2C\_307/2016 vom 8. Dezember 2016 Erwägung 5. 7) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 36. 8) Botschaft des Bundesrates vom 25. Juni 2008 zur Vereinfachung der MWST, BBL 2008, S. 6277 ff., 6302 (zitiert als: Botschaft zur Vereinfachung 2008). 9) Dabei dürfen Leistungen, die nicht vom Geltungsbereich der MWST erfasst sind (geregelt in Art. 18 Abs. 2 MWSTG) nicht mit solchen verwechselt werden, die im engeren Sinne von der MWST ausgenommen und in Art. 21 Abs. 2 MWSTG aufgeführt sind, siehe Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 170. 10) Die Grundversorgung, das heisst, die im Rahmen der Hilfe zu Hause oder in Pflegeheimen erbrachten Leistungen stellen keine medizinischen Behandlungen dar, geniessen aber eine unechte Befreiung gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziffer 4 MWSTG, sofern sie ärztlich verordnet werden. Zu diesem Thema siehe BVG-Entscheid A-1204/2012 vom 14. Februar 2014 Erwägung 3.2.2. Siehe auch MWST-Info Nr. 4 Steuerobjekt, Kap. 6.5. 11) In diesem Sinne, ESTV, MWST-Info 23, Kultur Ziffer 3.1.1. 12) Siehe Botschaft zur Vereinfachung 2008, S. 6353. 13) Bundesgerichtsentscheid vom 13. Februar 2002, Archive, Bd. 72, S. 231 f. 14) Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 2003, RDAF 2003 II, S. 394 ff., 405. 15) Bundesgerichtsentscheid vom 8. Januar 2003, RDAF 2003 II, S. 405. 16) Die

Frage des Splitting war im Übrigen umstritten. Wir hatten es damals vorgeschlagen, siehe X. Oberson, *Anwendung der MWST im Sport*, Der Schweizer Treuhänder 2003, S. 790 ff. 793; siehe hingegen Glauser P.M., *Sponsoring und MWST*, Der Schweizer Treuhänder 2005, S. 886 ff., 890; Ciwy A., *MWST und Sponsoring*, Genf/Zürich/Basel 2014, S. 16. 17) Bundesgerichtsentscheid vom 1. Juli 2004, RDAF 2005 II, S. 92 ff. 18) Siehe auch die Kritik von Glauser, op. cit. 2005, S. 889. 19) BGE vom 5. Februar 2010, 2C\_442/2009. 20) ESTV, MWST-Info 04, Kap. 6.27.3. 21) Glauser, op. cit. (2005), S. 886, 893; ESTV Anweisungen 2001, Kap. 416; Branchenbrochure Nr. 19. *Bildung und Forschung*, Kap. 7.2.1. 22) Siehe auch Botschaft zur Vereinfachung (2008), S. 6353, in der die Rede davon ist, dass dies systematisch der richtige Ort für die Regelung sei. 23) Baumgartner/Clavadetscher/Kocher, op. cit. S. 160 f. 24) Camenzind A./Honauer N./Vallender K.A./Jung M./Probst S., *Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG)*, 3. Auflage, Bern 2012, S. 306. 25) Glauser P.-M., *Subventions, dons et sponsoring*, Archives 79 (2010/11), S. 1 ff., 27; siehe auch: Zweifel/Beusch/Glauser/Robinson (Hrsg.), Nr. 226 ff. ad Art. 3 MWSTG (2015). 26) ESTV, MWST-Info 04, Steuerobjekt, Kap. 6.27.3. 27) So argumentiert auch Mollard, in: Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 1113. 28) Glauser, op. cit. (2010/11), S. 28. 29) In diesem Sinne, ESTV, MWST-Branchen-Info 23 Kultur (2010), S. 14, die allerdings erwähnt, dass dieser Hinweis «von der Steuer ausgenommen» ist. Nach unserer Auffassung handelt es sich um einen Nichtumsatz, der nicht unter den Geltungsbereich der MWST erfasst, fällt (Art. 18 Abs. 2 MWSTG). Damit wird das Recht auf Rückerstattung der Vorsteuer nicht geschmälert (Art. 33 Abs. 1 MWSTG). 30) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 192; Botschaft zur Vereinfachung 2008, S. 6353. 31) Glauser, op. cit. (2015), Nr. 229 zum Art. 3 Buchstabe i MWSTG. 32) BGE vom 8. Januar 2002 = RDAF 2003 II, S. 403. 33) ESTV, MWST-Info 04, Steuerobjekt, Kap. 6.27.4, Seite 79. 34) Der reduzierte Satz kommt gegebenenfalls zur Anwendung, wenn es keine Vorrichtungen für den Konsum an Ort und Stelle gibt (Tische oder Tresen); ESTV, MWST-Info 23, (2010), S. 30, Kap. 7.2.4. 35) ESTV, MWST-Info 23 (2010), S. 30, Kap. 7.2.4. 36) Siehe auch Glauser, op. cit. (2015), Nr. 235 zum Art. 3 Buch-

stabe i MWSTG. 37) Siehe auch Glauser, op. cit. (2010/11), S. 8. 38) Man wird feststellen, dass die Gesetzesvorlage ursprünglich eine Ausnahmeregelung enthalten sollte, wie sie auch für Subventionen gilt, das heisst im Falle von Spenden sollte der Vorsteuerabzug gekürzt werden. Das Parlament ist dem nicht gefolgt (siehe Art. 33 MWSTG). 39) Manche sind der Meinung, dass das Gesetz an dieser Stelle unpräzise ist, da es Leistung und Entgelt – die jeweils in Art. 3 Buchstabe c bzw. Buchstabe f MWSTG definiert werden – durcheinanderbringt, siehe Cywie, op. cit. 2014, S. 40. 40) Siehe oben, III. B. 41) Cywie, op. cit. (2014), S. 13; Glauser, op. cit. (2010/11), S. 23. 42) In Bezug auf das ehemalige Recht siehe Riedo D., *Problemfall Subvention im Mehrwertsteuerrecht*, in: *Festschrift SRK, Lausanne 2004*, S. 117 ff. 43) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 730. 44) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 731. 45) BGE 126 II 456, BGE vom 1. März 2001, Archives 71, S. 254; Glauser, op. cit. (2010/11), S. 9. 46) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 731. 47) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 731. 48) Botschaft zur Vereinfachung 2008, S. 6505. 49) ESTV, MWST-Info 05, Kap. 1. 50) Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-3044/2009 vom Mittwoch, 21. Dezember 2011 Erwägung 3.1.1. 51) Art. 3 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) vom 5. Oktober 1990, SR 616.1. 52) Botschaft zur Vereinfachung 2008, S. 6505. 53) Glauser, op. cit. (2010/11), S. 17; MWST-Info 05 Kap. 1.1. 54) Ebenfalls in diesem Sinne, insbesondere in Bezug auf kulturelle Leistungen, Botschaft zur Vereinfachung (2008), S. 6505. 55) Glauser, op. cit. (2010/11), S. 17. 56) Siehe oben III. B. 57) ESTV, MWST-Info 05, Subventionen und Spenden, Kap. 2.2. 58) Camenzind/Honauer/Vallender/Jung/Probst, op. cit. S. 308. 59) BGE 2C\_202/2011 vom 24. Oktober 2011, Erwägung 3.2. 60) ESTV, MWST-Info 05, Subventionen und Spenden, Kapitel 2.3.1. 61) Glauser, op. cit. (2015), Nr. 252 zum Art. 3. 62) Mollard/Oberson/Tissot Benedetto, op. cit. S. 200. 63) Camenzind/Honauer/Vallender/Jung/Probst, op. cit. S. 309. 64) ESTV, MWST-Info 05, Kap. 2.3.1. 65) BGE vom 27. Mai 2002, RDAF 2003 II 14, 17. 66) Siehe z. B. ESTV, Info 05, Subventionen und Spenden, Kap. 2.3.2.

Veranstalter/ Organisateur	Datum/ Date	Veranstaltung/ Manifestation	Ort/ Lieu
 <p><b>EXPERTsuisse AG</b> Stauffacherstrasse 1, Postfach 8050 Zürich Tel. +41 58 206 05 40 Fax +41 58 206 05 09 weiterbildung@expertsuisse.ch www.expertsuisse.ch</p> 	11.04.2019	EXPERTsuisse Treuhandtagung 2019	Zürich
	18.04.2019	Automatischer Informationsaustausch (AIA): Bestandesaufnahme nach zwei Jahren AIA in der Schweiz und Ausblick – Vormittag	Zürich
	06.05.2019	Datenanalysen in der Wirtschaftsprüfung – Praktische Anwendung der Datenanalyse anhand einer konkreten Datenanalyse-Software	Zürich
	10.05.2019	Temi di fiscalità societaria per PMI e fiduciarie: Aggiornamento e aspetti pratici 2019	Lugano
	13.05.2019	Compliance-Management-Systeme – Grundlagen, Prüfung und praktische Erfahrungen – Vormittag	Zürich
	14.05.2019	Fit in Swiss GAAP FER – Teil 1: Grundlagen und Kern-FER, Wesen und Zweck der FER, FER 1–6	Zürich
	16.–17.05.2019	Forum für KMU-Berater und -Prüfer – 2-tägige Veranstaltung Von der HB I zum Konzernabschluss – Erlernen des Handwerks zur Erstellung von Konzernrechnungen	Brunnen Zürich
	20.05.2019	Fit in der MWST CH–EU – Teil 1: MWST CH–EU – Blickwinkel Schweiz, grenzüberschreitende Fälle aus Schweizer Optik	Zürich
	21.05.2019	Einführung in die Unternehmensbewertung – Für Fachleute im Rechnungswesen	Olten
	22.05.2019	Fit in Swiss GAAP FER – Teil 2: Aktiven (I), Vorräte (FER 17), Sachanlagen (FER 18), Leasing (FER 13), nahestehende Personen (FER 15)	Zürich
	22.05.2019	Haftung des Treuhänders – Vormittag	Zürich
	22.05.2019	Vermeidung von Haftungsrisiken für Treuhänder – Nachmittag	Zürich
	24.05.2019	Fit in Teamführung/-entwicklung: Produktivität der Wissensarbeiter: 10x produktiver in Ihrem Treuhandalltag ...!	Zürich
	28.05.2019	Fit in Swiss GAAP FER – Teil 3: Aktiven (II), immaterielle Werte (FER 10), latente Steuern (FER 11), Wertbeeinträchtigung (FER 20), langfristige Aufträge (FER 22)	Zürich
	28.05.2019	Grenzüberschreitende Fälle aus steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht	Bern
	29.05.2019	Steuerprüfungen – Planen, durchführen, begleiten – Vormittag	Zürich
	29.05.2019	Fit in Unternehmensführung/-entwicklung: Das Handwerk der KMU-Strategie: Systematische Strategieerarbeitung mit praktischen Vorlagen	Zürich
	03.06.2019	Wirtschaftskriminalität im KMU	Zürich
	03.06.2019	Fit in der MWST Schweiz–EU – Teil 2: Grundlagen und Handhabung EU-VAT-Recht	Zürich
	04.06.2019	Fit in der Treuhandberatung – Teil 3: Unternehmensbewertung für Schweizer KMU	Olten
	04.06.2019	Forum IT-Themen in der Wirtschaftsprüfung	Bern
	05.06.2019	Fit in der Treuhandberatung – Teil 2: Aktuelles aus Arbeitsrecht und Sozialversicherungen	Zürich
	06.06.2019	Fit in Swiss GAAP FER – Teil 4: Passiven/Eigenkapital, Vorsorgeverpflichtungen (FER 16), Rückstellungen (FER 23), Eigenkapital (FER 24), derivative Finanzinstrumente (FER 27), Publikums-gesellschaften (FER 31)	Zürich
	12.06.2019	Fit in Selbstführung/-entwicklung: Wahrnehmungs- und Wirkungskompetenz: Damit Ihre Botschaft ankommt	Zürich
	12.06.2019	Fit in Swiss GAAP FER – Teil 5: Konsolidierte Jahresrechnung, Konzernrechnung (FER 30)	Zürich
	12.06.2019	Transfer Pricing Update – Nachmittag	Zürich
	13.06.2019	Aktuelle Rechtsfragen für die Revisionsstelle	St. Gallen
	14.06.2019	Aktuelle Rechtsfragen für die Revisionsstelle	Zürich
	14.06.2019	Fit in Teamführung/-entwicklung: Gekonnter Verkauf von Beratungsleistungen: Verkaufen Sie schon oder verschenken Sie noch ...?	Zürich
	17.06.2019	Unternehmensnachfolge als Chance und Herausforderung – Rechtliche und steuerliche Aspekte	Zürich
	17.06.2019	Fit in der MWST – Teil 3: Zoll CH–EU, Grundlagen des Zollrechts	Zürich
19.06.2019	Rechnungslegung im öffentlichen Sektor – Vormittag	Zürich	
19.06.2019	Prüfungen im öffentlichen Sektor – Der Prüfungshinweis PH 60 – Nachmittag	Zürich	
19.06.2019	Datenanalysen in der Wirtschaftsprüfung – Praktische Anwendung der Datenanalyse anhand einer konkreten Datenanalyse-Software	Zürich	

Weitere Informationen zu den Inhalten der einzelnen Veranstaltungen finden Sie unter [www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender](http://www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender)

Veranstalter/ Organisateur	Datum/ Date	Veranstaltung/ Manifestation	Ort/ Lieu
	21.06.2019	<b>Grundlagen von FER 21: Rechnungslegung von gemeinnützigen Nonprofit-Organisationen – Vormittag</b>	Zürich
	21.06.2019	<b>Spezialfälle der Anwendung von Swiss GAAP FER 21 im NPO-Bereich – Nachmittag</b>	Zürich
	27.06.2019	<b>Aktuelle Rechtsfragen für die Revisionsstelle</b>	Basel
	28.06.2019	<b>Aktuelle Rechtsfragen für die Revisionsstelle</b>	Bern
	01.–02.07.2019	<b>Forum zum Unternehmenssteuerrecht – 2-tägige Veranstaltung</b>	Zürich
	04.07.2019	<b>EXPERTsuisse Wirtschaftsprüfungstagung 2019</b>	Bern

Weitere Informationen zu den Inhalten der einzelnen Veranstaltungen finden Sie unter [www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender](http://www.expertsuisse.ch/weiterbildungskalender)



**EXPERTsuisse SA**  
 Chemin des Croisettes 28  
 1066 Epalinges  
 Tél. +41 58 206 05 50  
 Fax +41 58 206 05 59  
 formationcontinue@expertsuisse.ch  
 www.expertsuisse.ch



30.04.2019	<b>Enquêter sur Internet – l'acquisition des informations utiles et pertinentes exige beaucoup plus que de savoir surfer sur le web. Apprendre à exploiter de précieuses sources d'intelligence disponibles à nous tous</b>	Lausanne
02.05.2019	<b>Au TOP avec les Swiss GAAP RPC: principes d'établissement et de présentation des comptes selon RPC</b>	Lausanne
09.05.2019	<b>Révision du droit de la société anonyme</b>	Lausanne
14.05.2019	<b>Fiscalité et droit des entreprises: développements et problèmes pratiques</b>	Lausanne
15.05.2019	<b>Etablissement stable: savoir l'identifier, le gérer ou l'éviter</b>	Lausanne
16.05.2019	<b>Comment réaliser un Management Buy Out/In (MBO/MBI)?</b>	Lausanne
17.05.2019	<b>Au TOP avec les Swiss GAAP RPC: evaluation des postes du bilan</b>	Lausanne
22.05.2019	<b>Sensibilisation à la cyber sécurité au quotidien</b>	Lausanne
23.05.2019	<b>Gestion des risques – module 1</b>	Lausanne
24.05.2019	<b>Blockchain et sécurité du système de l'information</b>	Lausanne
28.05.2019	<b>Délices de la comptabilité et du bilan pour PME</b>	Lausanne
29.05.2019	<b>Management résilient et performant – expérimentation et échanges avec le monde du sport d'élite</b>	Lausanne

Vous trouverez de plus amples informations sur le contenu des séminaires sur notre site internet sous [www.expertsuisse.ch/calendrierformationcontinue](http://www.expertsuisse.ch/calendrierformationcontinue)

## EXPERTsuisse Weiterbildungsnews

Sind Sie interessiert an praxisrelevanten Veranstaltungen zu den Themen Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Steuer- und Wirtschaftsberatung sowie Management- und Sozialkompetenz?

Melden Sie sich heute noch an und erhalten Sie einmal pro Monat unsere Weiterbildungsnews mit aktuellen Highlights, neuen Formaten und Empfehlungen zu den EXPERTsuisse Weiterbildungsveranstaltungen.

Rufen Sie uns an, wenn Sie eine individuelle Weiterbildungsberatung wünschen.  
 Wir sind gerne für Sie da unter 058 206 05 40.



[www.expertsuisse.ch/newsletter](http://www.expertsuisse.ch/newsletter)





# Wo Karrieren im Bereich der Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand ihren Anfang nehmen und kontinuierlich weitergehen.

Durch unser breit gefächertes Angebot von der Grundausbildung über das Expertenstudium bis hin zur Weiterbildung deckt EXPERTsuisse die Bedürfnisse der Branche ab.

Der Abschluss als **Treuhänder/in mit eidgenössischem Fachausweis** legt die Basis für Ihren beruflichen Erfolg. Mit einem Expertenstudium zum **dipl. Wirtschaftsprüfer** und **dipl. Steuerexperten** vervollständigen Sie Ihr Wissen und sind gefragte Experten in vielen Branchen des Wirtschaftslebens. In Ihrem beruflichen Alltag setzen Sie sich mit unseren **Weiterbildungsangeboten** intensiv mit den Themen der Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung sowie Steuer- und Wirtschaftsberatung auseinander.

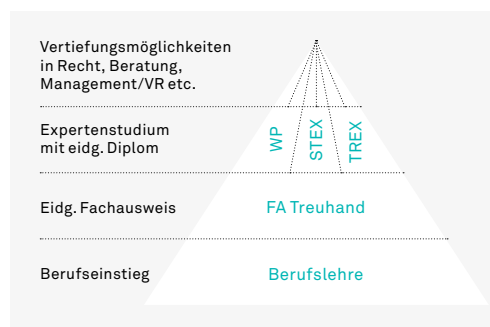
Als schweizweit grösster Anbieter in diesen Bereichen bietet Ihnen EXPERTsuisse

- fundiertes Wissen zum frühestmöglichen Zeitpunkt
- anwendungsorientiert vermittelter Inhalt
- networking mit Experten der Branchen
- sowie weitere hochinteressante Themen aus den Fachgebieten

Der Verantwortung verpflichtet.

Weitere Informationen zu unseren aktuellen Bildungsangeboten finden Sie unter:  
[www.expertsuisse.ch/kurskalender](http://www.expertsuisse.ch/kurskalender)

## Bildungswege



 **EXPERT  
SUISSE**  
Wirtschaftsprüfung  
Steuern  
Treuhand

*René Buchmann, Stefan Haag, Silvan Loser*

### Aktienbasierte Vergütungen und Kreisschreiben Nr. 37A

Das im Mai 2018 in Kraft getretene Kreisschreiben Nr. 37A behandelt die steuerlichen Konsequenzen von Mitarbeiterbeteiligungsplänen beim Arbeitgeber. Zu diesem Kreisschreiben hat Expertsuisse am 22. Februar 2019 ein Positionspapier publiziert, das ausgewählte Aspekte aus Sicht des Berufsstandes beleuchtet und die bestehende HWP-Meinung mit Bezug auf die buchhalterische Erfassung erweitert resp. mit Bezug auf die Zulässigkeit der Verrechnungslieberung anpasst.

*Daniel Gwerder, Martin Nay*

### Roboterassistierte Automatisierung der Wirtschaftsprüfung

Kann die Wirtschaftsprüfung unter Zuhilfenahme von modernen IT-Technologien repetitive Prozesse automatisieren und gleichzeitig eine persönliche, auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnittene Revision ermöglichen? BDO und ihre Schweizer KMU-Kunden haben in den letzten zwölf Monaten den Einsatz der digitalen Prüfungsassistentin LISA in Form einer Chatbot-Lösung getestet. Ein Erfahrungsbericht.

*Tobias Hüttche, Fabian Schmid*

### Bestimmung der Kapitalkosten in der Praxis

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, wie Kapitalkosten – insbesondere die Eigenkapitalkosten – auch für KMU systematisch und marktbasiert geschätzt werden können. Die vorgeschlagenen Methoden sind theoretisch abgestützt, orientieren sich an der gängigen Praxis und sind in Übereinstimmung mit der jüngst überarbeiteten Fachmitteilung «Unternehmensbewertung von KMU» von Expertsuisse.

*Sylvain Métille, Livio di Tria*

### La co-responsabilité, un cas toujours plus fréquent pour celui qui traite des données personnelles

L'année 2018 a été cruciale pour la protection des données. Malgré plusieurs scandales rappelant que l'utilisation illicite de données personnelles peut entraver les libertés les plus fondamentales, 2018 est à retenir comme l'année où le RGPD de l'UE a déployé ses effets. La CJUE a aussi eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur la notion de responsables conjoints du traitement.

*Jürg Gehring*

### Piqûre de rappel de début de saison concernant les confirmations pré-rédigées

Expertsuisse a publié en juillet 2016 une prise de position qui est passée largement inaperçue parmi les experts-comptables et les demandeurs des confirmations pré-rédigées. L'auteur rappelle ce que l'on entend par confirmations pré-rédigées, pourquoi elles posent problème pour la profession.

## Impressum

93. Jahrgang  
93<sup>e</sup> année

**Redaktionskommission/  
Commission de rédaction**  
Werner Schiesser, Zürich, Präsident  
Danièle Bonetti, Lausanne  
Erich Ettlin, Luzern  
Olivier P. Gauderon, Genève  
Jürg Gehring, Lausanne  
Dr. Hanspeter Kläy, Solothurn  
Dr. Thorsten Kleibold, Zürich  
Thomas Koller, Zürich  
Roger Krapf, St. Gallen  
Prof. Dr. Peter Leibfried, St. Gallen  
Lorenz Lipp, Appenzell  
Conradin Mosimann, New York  
Prof. Flemming Ruud, PhD, St. Gallen  
Dr. Dirk Schäfer, St. Gallen  
Walter Seif, Zürich  
Claudine Voyame, Vevey  
Prof. Dr. Alexander Wagner, Zürich

**Chefredaktion/Rédaction en chef**  
Nina Gerwoll

**Redaktionsleitung Westschweiz/  
Direction de la rédaction Suisse romande**

Anne-Françoise Betz

**Redaktion/Rédaction**

Béatrice Eigenmann  
Françoise Magdelaine (extern)

**Preise/Prix**

Kombi-Jahresabonnement Print & digital/  
abonnement annuel combiné papier &  
numérique CHF 195.–  
(inkl. MWST/TVA incl.);  
Ausland/étranger CHF 225.–

E-Paper-Jahresabonnement/E-Archiv/  
abonnement annuel e-paper/archives  
numériques CHF 145.–  
(inkl. MWST/TVA incl.)

Print-Einzelnummer/le numéro sur papier  
CHF 30.– (inkl. MWST/TVA; + Versand-  
kosten/frais d'envoi)

Studenten (mit Kopie Studienausweis)/  
étudiants (copie de la carte d'étudiant) 50%

Erscheinungsweise 10 Nummern p. a./  
Rythme de parution 10 numéros p. a.  
Verbreitete Auflage 10 757 Ex., total verkaufte  
Auflage 10 722 Ex. (WEMF/SW-Beglaubigung  
2017)/diffusion 10 757 ex., exemplaires  
vendus 10 722 ex. (Certification REMP/FRP  
2017), ISSN 2297-5624

**Adressen/Adresses**

Redaktion/Rédaction  
EXPERT FOCUS  
Stauffacherstrasse 1  
8004 Zürich  
Tel. 058 206 05 20  
Fax 058 206 05 09  
www.expertsuisse.ch  
redaktion@expertsuisse.ch

Herausgeber/Éditeur  
EXPERTSUISSE  
Schweizer Expertenverband  
für Wirtschaftsprüfung,  
Steuern und Treuhand  
Stauffacherstrasse 1  
8004 Zürich  
www.expertsuisse.ch



**Abonnement**  
EXPERTSUISSE  
Stauffacherstrasse 1  
8004 Zürich  
Tel. 058 206 05 05  
Fax 058 206 05 09  
shop@expertsuisse.ch

**Anzeigen/Annonces**  
Fachmedien  
Zürichsee Werbe AG  
Laubisrütistrasse 44  
8712 Stäfa  
Tel. 044 928 56 17  
pietro.stuck@fachmedien.ch  
www.fachmedien.ch

**Druck/Impression**  
cube media AG  
Binzstrasse 9  
8045 Zürich  
Tel. 044 295 97 97  
Fax 044 295 97 98  
www.cubemedia.ch  
info@cubemedia.ch

**Copyright**

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Ein Nachdruck, auch auszugsweise, ist nur mit Zustimmung der Redaktion sowie mit ungekürzter Quellenangabe gestattet. Eine Einspeisung in einen Online-Dienst oder eigene Datenbanken durch dazu nicht autorisierte Dritte ist untersagt./Tous droits d'auteur et de publication sont réservés. Une reproduction, même partielle, n'est autorisée qu'avec l'accord de la rédaction et l'indication complète de la source. L'insertion dans un service en ligne ou dans de propres banques de données par des tiers non autorisés est interdite.

**Copyright Inserate/Annonces**

Die irgendwie geartete Verwertung von in diesem Titel abgedruckten Inseraten oder Teilen davon, insbesondere durch Einspeisung in einen Online-Dienst, durch dazu nicht autorisierte Dritte ist untersagt. Jeder Verstoß wird von der Werbegesellschaft nach Rücksprache mit dem Verlag gerichtlich verfolgt./L'utilisation en tout ou en partie d'annonces parues dans cette publication est interdite, notamment leur transmission à un service Online par des tiers non autorisés. Toute infraction sera poursuivie en justice par l'agence de publicité d'entente avec la maison d'édition.

**Haftung/Responsabilité**

Für nicht einverlangte Sendungen und die Richtigkeit von Produktangaben besteht keine Haftung; es wird keine Korrespondenz dazu geführt./La rédaction ne prend aucune responsabilité concernant des envois non sollicités, ni pour la conformité des produits; aucune correspondance ne sera échangée au sujet des envois non commandés par la rédaction.

**Autorenmeinung/Opinion d'auteur**

Die von Autoren geäußerten Ansichten decken sich nicht unbedingt mit denen von EXPERTSUISSE oder der Redaktion./Les opinions exprimées par les auteurs ne sont pas nécessairement celles d'EXPERTSUISSE ou de la rédaction.





# Profitieren Sie von modernen Seminar- und Sitzungsräumen im Herzen Zürichs

Sie benötigen einen Seminarraum für ein Meeting in unmittelbarer Nähe des Hauptbahnhofs Zürich?

Sie möchten eine Fortbildung organisieren und benötigen einen Konferenzraum mit exzellentem Rundum-Service?

Nur wenige Gehminuten vom Hauptbahnhof Zürich entfernt vermietet EXPERTsuisse moderne Sitzungs- und Konferenzräume. Ob Sitzungen, Workshops in Klein- und Grossgruppen, Plenardiskussionen, Seminare oder Kundenevents, wir haben das passende Raumangebot.

Weitere Informationen zu Lage, Räumlichkeiten und Konditionen, finden Sie auf unserer Website [www.expertsuisse.ch](http://www.expertsuisse.ch) oder kontaktieren Sie uns per Mail [events@expertsuisse.ch](mailto:events@expertsuisse.ch)

Mitgliedunternehmen und Partnerorganisationen von EXPERTsuisse profitieren von Vorteilsbedingungen.



EXPERTsuisse CAMPUS  
Stauffacherstrasse 1  
8004 Zürich



**EXPERT  
SUISSE**

Wirtschaftsprüfung  
Steuern  
Treuhand



## Treuhand-Almanach, Ausgabe 2019: aktuell, übersichtlich, in drei Sprachen erhältlich

Mit dem Treuhand-Almanach sind die wichtigsten Kenngrössen in den relevanten Themenfeldern der Schweizer Unternehmens- und Treuhandpraxis für den Berufsalltag schnell zur Hand:

- Gesellschaften und Handelsregister
- Buchführung, Rechnungslegung und Revision (neu mit dem Thema Aufbewahrung der Geschäftsbücher)
- Steuern (neu mit den Themen Radio- und TV-Abgabe, Kryptowährungen und Verrechnungssteuer)
- Sozialversicherungen
- Geldwäscherei
- Aktuelle Zinssätze und Indices

Der Treuhand-Almanach ist mit den für 2019 geltenden Zahlen und Fakten erhältlich unter: [www.expertsuisse.ch/shop](http://www.expertsuisse.ch/shop)

**Der Treuhand-Almanach steht den Mitgliedunternehmen von EXPERTsuisse auch als personalisierbare Version zur Verfügung.**



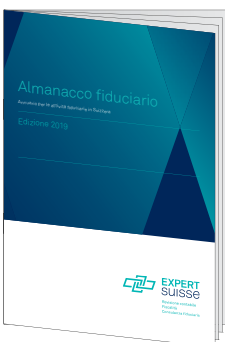
## Almanach fiduciaire, édition 2019: à jour, clair et disponible en trois langues

Avec l'Almanach fiduciaire, les chiffres-clés des thèmes pertinents pour la pratique des entreprises et des fiduciaires au quotidien sont à portée de main:

- Sociétés et registre du commerce
- Comptabilité, présentation des comptes et révision (nouveau thème: conservation des livres de comptes)
- Fiscalité (nouveaux thèmes: redevance de radio-télévision, crypto-monnaies et impôt anticipé)
- Assurances sociales
- Blanchiment d'argent
- Taux d'intérêt et indices actuels

L'Almanach fiduciaire avec les faits et chiffres valables pour l'année 2019 est disponible sur: [www.expertsuisse.ch/fr-ch/boutique-en-ligne](http://www.expertsuisse.ch/fr-ch/boutique-en-ligne)

**L'Almanach fiduciaire existe également en version personnalisée pour les entreprises membres d'EXPERTsuisse.**



## Almanacco fiduciario, edizione 2019: aggiornato, succinto, disponibile in tre lingue

L'Almanacco fiduciario è una guida pratica, indispensabile all'attività quotidiana delle imprese e delle fiduciarie svizzere, che riporta i dati principali dei seguenti settori tematici:

- Società e registro di commercio
- Contabilità, rendicontazione e revisione (ora con il tema «conservazione dei libri contabili»)
- Imposte (ora con i temi «canone radiotelevisivo, criptovalute e imposta preventiva»)
- Assicurazioni sociali
- Riciclaggio di denaro
- Tassi di interesse correnti e indici

L'Almanacco fiduciario con i fatti e le cifre validi per l'anno 2019 è disponibile sul sito: [www.expertsuisse.ch/fr-ch/boutique-en-ligne](http://www.expertsuisse.ch/fr-ch/boutique-en-ligne)

**L'Almanacco fiduciario è disponibile anche in versione personalizzata per le imprese socie di EXPERTsuisse.**