

Loïc Pfister
docteur en droit, avocat

La fondation

2^e édition

Avec la collaboration de Filippo Lurà, docteur en droit,
avocat, pour la partie fiscale

Préface de Jean-Luc Chenaux, professeur à l'Université
de Lausanne, avocat

Table des matières

Remerciements	V
Préface	1
Sommaire	3
Liste des abréviations et des locutions latines	7
Chapitre 1 Introduction	11
Section 1 Origine, définition et délimitations	11
§ 1 Origine de la fondation	11
§ 2 Définition de la fondation ordinaire	12
§ 3 Fondations de famille et fondations ecclésiastiques	13
§ 4 Délimitations par rapport à d'autres institutions proches	14
I. Sociétés régies par le CO	14
II. Associations	15
III. Fondations de droit public	15
IV. Trusts	16
V. Fondations non autonomes ou dépendantes	17
VI. Fonds recueillis publiquement	18
Section 2 Typologie des fondations	19
Section 3 Cadre juridique	21
§ 1 Cadre légal matériel	21
§ 2 Pouvoir règlementaire et pratique des autorités	23
§ 3 Réglementation propre de la fondation	24
§ 4 Autorégulation du secteur	24
Section 4 Intégration des fondations dans l'ordre constitutionnel et social	25
Chapitre 2 Constitution	27
Section 1 Personne du fondateur	27
§ 1 Personne physique	27
I. Capacité de constituer	27
II. Pouvoir de disposer	28
§ 2 Personne morale	29
§ 3 Représentation et constitution fiduciaire	31

Section 2	Volonté du fondateur	31
§ 1	Éléments de la volonté nécessaires à la constitution	31
§ 2	But spécial	33
I.	Liberté du fondateur	33
a.	Principe et limites	33
b.	Conséquences d'un but initial vicié	35
II.	Licéité d'un but économique	36
III.	Spécificité et clarté du but	38
a.	Spécificité du but	38
b.	Clarté du but	39
c.	Buts des fondations de famille en particulier	39
§ 3	Affectation et délivrance des biens	41
I.	Affectation des biens	41
II.	Nature des biens	42
III.	Valeur des biens	43
Section 3	Exigences formelles de la constitution	45
§ 1	Forme de l'acte de fondation	45
I.	Acte authentique	45
II.	Disposition pour cause de mort	45
a.	Testament et pacte successoral	45
b.	Libéralités au sens de l'art. 539 al. 2 CC	47
§ 2	Éléments soumis à l'exigence de forme	48
§ 3	Acte de fondation et statuts	49
Section 4	Procédure de constitution et inscription au registre du commerce	51
§ 1	Examen préalable facultatif	51
§ 2	Personnes compétentes pour requérir l'inscription	51
§ 3	Éventuelles instructions de l'autorité de surveillance en vue de l'inscription	53
§ 4	Éléments requis pour l'inscription	54
§ 5	Pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce	57
§ 6	Effet constitutif de l'inscription	58
§ 7	Obligation d'inscription des fondations spéciales	59
Section 5	Révocation et action contre la constitution de la fondation	60
§ 1	Révocation de la fondation	60
§ 2	Action contre la constitution de la fondation	60

Section 6 Constitution de fondations spéciales et de fondations actionnaires	62
§ 1 Constitution d'une fondation ecclésiastique	62
§ 2 Constitution d'une fondation de famille	63
§ 3 Constitution d'une fondation actionnaire	63
Chapitre 3 Organisation de la fondation	67
Section 1 Organisation et organes de la fondation	67
Section 2 Sources juridiques	68
§ 1 Bases légales	68
§ 2 Acte de fondation, statuts et règlement d'organisation	70
§ 3 Recommandations des codes de bonnes pratiques	72
Chapitre 4 Conseil de fondation (ou organe suprême)	73
Section 1 Dénomination	73
Section 2 Constitution	74
§ 1 Éligibilité	74
§ 2 Composition	76
§ 3 Mode de nomination et d'élection	77
I. En général	77
II. Droits réservés au fondateur ou à des tiers	78
III. Élection démocratique	79
§ 4 Durée des mandats et renouvellement	79
§ 5 Rapport juridique entre le membre du conseil et la fondation	81
Section 3 Attributions	82
§ 1 Fondement juridique	82
§ 2 Appliquer et réaliser le but en tant qu'attribution ultime	83
§ 3 Représenter la fondation	83
§ 4 Attributions du conseil de fondation en pratique	84
§ 5 Attributions intransmissibles et délégation	85
§ 6 Droit aux renseignements	87
Section 4 Devoirs de fidélité et de diligence des membres	88
§ 1 Devoir de fidélité	88
I. Primauté des intérêts de la fondation et conflits d'intérêts	88

II. Confidentialité et discrétion	90
§ 2 Devoir de diligence	91
§ 3 Devoirs de fidélité et de diligence en cas de délégation ou de représentation de tiers	92
Section 5 Organisation	92
§ 1 Présidence	92
§ 2 Autres rôles (vice-président, secrétaire et trésorier)	93
§ 3 Constitution de comités	94
Section 6 Fonctionnement	96
§ 1 Séances	96
§ 2 Convocation aux séances et ordre du jour	96
§ 3 Participation aux séances	98
§ 4 Tenue des séances et procès-verbaux	99
§ 5 Votation et élection	99
§ 6 Décisions par circulation	100
§ 7 Nullité des décisions	101
Section 7 Désintéressement et rémunération des membres	102
§ 1 Base légale	102
§ 2 Pratiques en matière de rémunération	102
§ 3 Débat autour de la rémunération	104
§ 4 Transparence des rémunérations	106
Section 8 Position des mandataires professionnels	109
§ 1 Compatibilité entre la qualité de membre du conseil et de mandataire	109
§ 2 Rôle de l'avocat	110
I. Règles professionnelles de l'avocat	110
II. Avocat comme membre du conseil de fondation	111
III. Avocat comme mandataire de la fondation	112
§ 3 Rôle du gestionnaire de fortune	114
Section 9 Fin des fonctions de membre	115
§ 1 En général	115
§ 2 Expiration de la durée du mandat	115
§ 3 Démission	116
§ 4 Révocation	117
I. Dispositions réglant la révocation et justes motifs	117

II. Procédure de révocation	119
III. Contestation de la révocation	119
§ 5 Autres motifs	120
I. Incapacité de discernement	120
II. Décès	121
III. Perte d'une qualité nécessaire pour être membre	121
§ 6 Devoirs en cas de fin de mandat	121
Chapitre 5 Gouvernance de la fondation (Foundation Governance)	123
Section 1 Notion et fondement	123
§ 1 Origine et définition	123
§ 2 Loi et bonne gouvernance	125
§ 3 Autorégulation	126
Section 2 Certifications et codes de bonne gouvernance	126
§ 1 Certifications	126
I. En général	126
II. Label Zewo	127
a. 21 normes Zewo	127
b. Ancien Swiss NPO-Code, transposé dans les nouvelles normes Zewo	127
III. Code d'honneur	128
§ 2 Codes de bonne gouvernance	128
I. <i>Swiss Foundation Code</i> 2021	128
II. Différents codes internationaux	129
Section 3 Applicabilité des codes	129
§ 1 Exigence (ou non) d'appliquer les codes	129
§ 2 Distinction nécessaire entre petites et grandes fondations	130
Chapitre 6 Gestion des biens de la fondation	133
Section 1 Biens affectés à un but déterminé	133
§ 1 Attributions du conseil de fondation en matière de gestion	133
§ 2 Affectation directe ou indirecte des biens au but	134
§ 3 Gestion des biens affectés directement au but	134
§ 4 Placement des biens affectés indirectement au but	135

Section 2 Principes généraux et bonnes pratiques en matière de gestion	136
§ 1 Principes généraux de gestion	136
§ 2 Maintien de la substance ou consommation du capital	136
§ 3 Règles de placement des fondations de prévoyance comme aide à l'orientation	138
§ 4 Recommandations de gestion des fondations donatrices	140
§ 5 Investissements et impact	141
§ 5 Donations faites à la fondation	143
§ 6 Post-affectations et co-affectations	144
§ 7 Transparence de la gestion financière	145
Section 3 Comptabilité et comptes	146
§ 1 Compétence pour la tenue de la comptabilité	146
§ 2 Règles relatives à la comptabilité et aux comptes	146
I. Application des règles sur la comptabilité commerciale	146
II. Traitement des apports à la fondation	149
III. Règles comptables spécifiques et Swiss GAAP RPC 21	149
IV. Dépôt des comptes	151
V. Conservation de la comptabilité et des comptes	152
Chapitre 7 Responsabilité	153
Section 1 Silence du droit des fondations	153
Section 2 Responsabilité des membres du conseil à l'égard de la fondation	154
§ 1 Généralités	154
§ 2 La responsabilité contractuelle	155
§ 3 Exclusion et réduction de la responsabilité	156
I. Désintéressement et limitation de la responsabilité	156
II. Limitation de responsabilité pour faute légère	157
III. Limitation de responsabilité en cas de délégation	158
IV. Décharge des membres	159
§ 4 En procédure	159
I. Qualité pour agir	159
II. Qualité pour défendre	160
III. Adaptation suisse de la <i>Business Judgment Rule</i>	161
IV. Établissement du dommage	162

V. Prescription	163
VI. For et droit applicable	163
§ 5 Responsabilité délictuelle d'un membre du conseil à l'égard de la fondation	163
Section 3 Responsabilité de la fondation pour les actes et faits du conseil	164
§ 1 Imputabilité des actes et faits des membres du conseil à la fondation	164
§ 2 Actes juridiques	164
§ 3 Tous autres faits	165
Section 4 Responsabilité des membres du conseil à l'égard des tiers	166
§ 1 Chef de responsabilité et concours avec la responsabilité de la fondation	166
§ 2 Responsabilité délictuelle	167
§ 3 Dommage direct à la fondation et à un tiers créancier	168
§ 4 Responsabilité pour le versement des contributions sociales	169
§ 5 Autres chefs de responsabilité	170
Section 5 Responsabilité pénale du conseil de fondation	170
Chapitre 8 Organe de révision	173
Section 1 Obligation de révision et dispense	173
Section 2 Éligibilité et devoirs généraux de l'organe de révision	175
Section 3 Ampleur de la révision	176
§ 1 Contrôle ordinaire	176
§ 2 Contrôle restreint	177
Section 4 Début et fin du mandat	177
Section 5 Responsabilité de l'organe de révision	178
Chapitre 9 Réalisation du but et bénéficiaires de la fondation	179
Section 1 Buts statutaires et bénéficiaires	179
§ 1 Détermination directe	180
§ 2 Détermination indirecte	180
§ 3 Absence de détermination	182
Section 2 Prétentions et droits des bénéficiaires par rapport à la fondation	183
§ 1 Prétentions ou expectatives	183
I. Délimitation	183

II. Moyens des bénéficiaires pour faire valoir leurs prétentions ou expectatives	184
§ 2 Droit (ou non) d'information	184
§ 3 Droit (ou non) d'être traité à égalité avec d'autres bénéficiaires	185
§ 4 Représentation (ou non) au conseil de fondation	185
Section 3 Bonnes pratiques des fondations donatrices	186
Chapitre 10 Modification et restructuration	189
Section 1 Modification essentielle de l'acte de fondation	189
§ 1 Modification essentielle de l'organisation	189
§ 2 Modification essentielle du but	190
I. Variation du but et intentions du fondateur	190
II. But devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs	192
III. Formulation du nouveau but	193
§ 3 Procédure de modification	193
Section 2 Réserve de modification du but ou de l'organisation	194
§ 1 Réserve de modification du but ou de l'organisation par le fondateur ...	194
§ 2 Réserve générale de modification du but	198
Section 3 Modification accessoire de l'acte de fondation	198
Section 4 Forme de la modification	200
Section 5 Modification des règlements	200
Section 6 Modification du but et de l'organisation des fondations spéciales	201
Section 7 Fusion de fondations et transfert de patrimoine	202
§ 1 Admissibilité des opérations de restructuration d'une fondation	202
§ 2 Fusion de fondations	203
I. Fusions de fondations classiques	203
II. Fusions de fondations spéciales	207
§ 3 Transfert de patrimoine	208
I. Transfert de patrimoine de fondations classiques	208
II. Transfert de patrimoine de fondations spéciales	211
Section 8 Fusions internationales et changement de siège	211

Chapitre 11	Fondation en difficulté	213
Section 1	Spécificités du droit de l'assainissement des fondations	213
Section 2	Obligations en cas de menace d'insolvabilité ou de surendettement	215
Section 3	Mesures d'assainissement	217
Section 4	Difficultés pratiques	218
Chapitre 12	Fin de la fondation	219
Section 1	Concept de l'indissolubilité des fondations	219
Section 2	Dissolution volontaire	220
§ 1	Volonté du fondateur	220
§ 2	Dissolution dite administrative	220
Section 3	Dissolution obligatoire	221
§ 1	Principe de subsidiarité	221
§ 2	Causes de dissolution	222
§ 3	Procédure de dissolution et de liquidation	222
	I. Requête ou action en dissolution	222
	II. Procédure de liquidation	223
	III. Affectation de l'éventuel excédent	224
Section 4	Faillite de la fondation	225
Chapitre 13	Surveillance des fondations	227
Section 1	Siège de la matière	227
Section 2	Autorité de surveillance compétente et organisation	229
§ 1	Principes de compétence	229
§ 2	Autorité fédérale de surveillance (ASF)	230
§ 3	Autorités cantonales de surveillance	230
§ 4	Détermination de l'autorité compétente	231
§ 5	Organisation de l'autorité de surveillance	232
Section 3	Mandat de surveillance	233
§ 1	Portée du mandat	233
	I. Mandat général de l'art. 84 al. 2 CC	233
	II. Mandat en cas de carence dans l'organisation	233
	III. Autres tâches spécifiques	236

§ 2	Principes d'intervention de l'autorité	236
	I. Principes généraux de comportement	236
	II. Respect de l'autonomie de la fondation	237
	III. Proportionnalité et subsidiarité de l'intervention	237
§ 3	Effort de digitalisation de la surveillance	238
	Section 4 Pouvoirs et mesures de surveillance	238
§ 1	Les pouvoirs de l'autorité de surveillance	238
§ 2	Mesures ordinaires	239
§ 3	Mesures extraordinaires	240
	I. Information supplémentaire	241
	II. Moyens d'intervention dans l'activité de la fondation	241
	III. Intervention dans la composition des organes	242
	IV. Désignation d'un commissaire	243
	V. Mesures quant à l'existence même de la fondation	244
§ 4	Aspect pénal de la surveillance	245
§ 5	Émoluments et frais liés à la surveillance	246
§ 6	Lien entre autorités de surveillance et autorités fiscales	247
§ 7	Exemples cantonaux de mesures de surveillance	247
	Section 5 Voies de droit auprès de l'autorité de surveillance	250
§ 1	Dénonciation	250
§ 2	Plainte	250
§ 3	Délimitation de la plainte par rapport à l'action civile	254
§ 4	Médiation	255
§ 5	Mesures provisionnelles	255
	Section 6 Voies de droit contre les actes de l'autorité de surveillance	255
§ 1	Voie de recours contre les décisions	255
§ 2	Voie de droit contre les règles adoptées par l'autorité de surveillance	256
	Section 7 Responsabilité de l'autorité de surveillance	257
	Section 8 Contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ainsi que devoir d'annonce ...	259
	Section 9 Surveillance des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques	262

Chapitre 14 Fiscalité	265
Section 1 Impôt sur le bénéfice et le capital	265
§ 1 Impôt sur le bénéfice	266
I. Calcul du bénéfice imposable	266
II. Taux et limite d'imposition	269
§ 2 Impôt sur le capital	270
Section 2 Impôt sur les donations et les successions	270
Section 3 Assujettissement de la fondation à la TVA	271
§ 1 Assujettissement à la TVA	271
I. Conditions	271
II. Conséquences de l'assujettissement à la TVA	272
III. TVA sur l'acquisition de certaines prestations de l'étranger (Impôt sur les acquisitions)	273
§ 2 Exploitation d'une entreprise	274
I. Fondation exploitant une entreprise	274
II. Fondation n'exploitant pas une entreprise	274
III. Fondation exerçant une activité non commerciale et une activité commerciale	274
IV. Subventions, dons et sponsoring (prestations publicitaires)	275
a. Subventions et autres contributions de droit public	276
b. Dons et sponsoring	276
1. Dons	276
2. Prestation visant à promouvoir l'image de tiers	277
3. Prestation publicitaire (sponsoring)	278
Section 4 Exonération de l'impôt	278
§ 1 Introduction	278
§ 2 Motifs d'exonération et sources	280
§ 3 Portée de l'exonération	281
§ 4 Exonération pour but d'utilité publique	282
I. L'intérêt général	283
II. Le désintéressement	285
a. L'exigence d'un sacrifice	285
b. Rémunération et indemnisation des organes dirigeants	286
c. Cercle des destinataires et absence d'assistance mutuelle	289
d. Activité économique	289
III. Affectation exclusive et irrévocable des fonds	293
IV. Activité effective	295

§ 3	Exonération pour but de service public	296
	I. Notion de but de service public	296
	II. Conditions	298
§ 4	Exonération pour cause de but culturel	299
	I. Notion de but culturel	299
	II. Conditions	301
	III. Exonération pour double cause	302
§ 5	Le domaine de la culture	303
	I. Exonération pour cause de but de service public	303
	II. Exonération pour cause de but d'utilité publique	304
	a. Intérêt général	304
	b. Désintéressement	306
§ 6	Libéralités consenties à la fondation exonérée	307
	I. Déduction des libéralités auprès du donateur	307
	II. Montant déductible	307
	III. Libéralités déductibles	308
	IV. Impôts sur les successions et donations	309
§ 7	Aspects formels et de procédure	311
§ 8	Exonération fiscale partielle	313
	Section 5 Fondations poursuivant un but idéal	314
§ 1	Limite d'imposition	314
§ 2	Les « buts idéaux »	315
§ 3	Affectation exclusive et irrévocable du bénéfice	316
	Table non exhaustive des textes légaux et autres documents topiques	317
	Bibliographie sélective	321
	Index	323
	Table des matières	329