

Loïc Pfister, docteur en droit, avocat

# La fondation

Avec la collaboration de Filippo Lurà, docteur en droit,  
avocat, LL.M., 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
<b>Chapitre 1 Introduction</b> .....	<b>11</b>
<b>Section 1 Origine, définition et délimitations</b> .....	<b>11</b>
§ 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 .....	13
I. Sociétés régies par le CO .....	13
II. Associations .....	14
III. Fondations de droit public .....	15
IV. Trusts .....	15
V. Fondations non autonomes ou dépendantes .....	15
VI. Fonds recueillis publiquement .....	17
<b>Section 2 Typologie des fondations</b> .....	<b>17</b>
<b>Section 3 Cadre juridique</b> .....	<b>20</b>
§ 1 Cadre légal matériel .....	20
§ 2 Pouvoir réglementaire et pratique des autorités .....	20
§ 3 Réglementation propre de la fondation .....	21
§ 4 Autorégulation et recommandations .....	21
<b>Section 4 Intégration des fondations dans l'ordre constitutionnel et social</b> .....	<b>22</b>
<b>Chapitre 2 Constitution</b> .....	<b>25</b>
<b>Section 1 Personne du fondateur</b> .....	<b>25</b>
§ 1 Personne physique .....	25
I. Capacité de constituer .....	25
II. Pouvoir de disposer .....	26

§ 2	Personne morale .....	27
§ 3	Représentation et constitution fiduciaire .....	28
<b>Section 2</b>	<b>Volonté du fondateur .....</b>	<b>28</b>
§ 1	Éléments de la volonté nécessaires à la constitution .....	28
§ 2	But spécial .....	30
I.	Liberté du fondateur .....	30
a.	Principe et limites .....	30
b.	Conséquences d'un but initial vicié .....	32
II.	Licéité d'un but économique .....	33
III.	Spécificité et clarté du but .....	35
a.	Spécificité du but .....	35
b.	Clarté du but .....	36
c.	Buts des fondations de famille en particulier .....	36
§ 3	Affectation et délivrance des biens .....	37
I.	Affectation des biens .....	37
II.	Nature des biens .....	38
III.	Valeur des biens .....	39
<b>Section 3</b>	<b>Exigences formelles de la constitution .....</b>	<b>41</b>
§ 1	Forme de l'acte de fondation .....	41
I.	Acte authentique .....	41
II.	Disposition pour cause de mort .....	41
a.	Testament et pacte successoral .....	41
b.	Libéralités au sens de l'art. 539 al. 2 CC .....	43
§ 2	Éléments soumis à l'exigence de forme .....	44
§ 3	Acte de fondation et statuts .....	45
<b>Section 4</b>	<b>Procédure de constitution et inscription au registre du commerce .....</b>	<b>46</b>
§ 1	Examen préalable facultatif .....	46
§ 2	Personnes compétentes pour requérir l'inscription .....	46
§ 3	Éventuelles instructions de l'autorité de surveillance en vue de l'inscription .....	48
§ 4	Éléments requis pour l'inscription .....	49
§ 5	Pouvoir d'examen du préposé au registre du commerce .....	51
§ 6	Effet constitutif de l'inscription .....	51
§ 7	Obligation d'inscription des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques .....	52

---

<b>Section 5 Révocation et action contre la constitution de la fondation</b> ....	53
§ 1 Révocation de la fondation .....	53
§ 2 Action contre la constitution de la fondation .....	53
<b>Section 6 Constitution de fondations de famille et de fondations actionnaires</b> .....	55
§ 1 Constitution d'une fondation de famille .....	55
§ 2 Constitution d'une fondation actionnaire .....	56
 <b>Chapitre 3 Organisation de la fondation</b>	 59
<b>Section 1 Organisation et organes de la fondation</b> .....	59
<b>Section 2 Sources juridiques</b> .....	61
§ 1 Bases légales .....	61
§ 2 Acte de fondation, statuts et règlement d'organisation .....	62
§ 3 Recommandations des codes de bonnes pratiques .....	64
 <b>Chapitre 4 Conseil de fondation en tant qu'organe suprême</b>	 65
<b>Section 1 Dénomination</b> .....	65
<b>Section 2 Constitution</b> .....	66
§ 1 Éligibilité .....	66
§ 2 Composition .....	67
§ 3 Mode de nomination et d'élection .....	68
I. En général .....	68
II. Droit d'élection, de délégation ou de proposition réservé à des tiers .	69
III. Élection démocratique .....	70
§ 4 Durée des mandats et renouvellement .....	70
§ 5 Rapport juridique entre le membre du conseil et la fondation .....	72
<b>Section 3 Attributions</b> .....	73
§ 1 Fondement juridique .....	73
§ 2 Appliquer et réaliser le but en tant qu'attribution ultime .....	74
§ 3 Représenter la fondation .....	74
§ 4 Attributions du conseil de fondation en pratique .....	75
§ 5 Attributions intransmissibles et délégation .....	76
§ 6 Droit aux renseignements .....	77

<b>Section 4 Devoirs de fidélité et de diligence des membres</b> .....	78
§ 1 Devoir de fidélité .....	78
I. Primauté des intérêts de la fondation et conflits d'intérêts .....	79
II. Confidentialité et discrétion .....	80
§ 2 Devoir de diligence .....	80
§ 3 Devoirs de fidélité et de diligence en cas de délégation ou de représentation de tiers .....	82
<b>Section 5 Organisation</b> .....	82
§ 1 Présidence .....	82
§ 2 Autres rôles (secrétaire et trésorier) .....	83
§ 3 Constitution de comités .....	84
<b>Section 6 Fonctionnement</b> .....	85
§ 1 Séances .....	85
§ 2 Convocation aux séances .....	85
§ 3 Participation aux séances .....	86
§ 4 Tenue des séances et procès-verbaux .....	87
§ 5 Votation et élection .....	88
§ 6 Décisions par circulation .....	89
§ 7 Nullité des décisions .....	89
<b>Section 7 Rémunération des membres</b> .....	90
§ 1 Base légale .....	90
§ 2 Pratiques en matière de rémunération .....	90
§ 3 Débat autour de la rémunération .....	92
§ 4 Transparence des rémunérations .....	94
<b>Section 8 Position des mandataires professionnels</b> .....	95
§ 1 Compatibilité entre la qualité de membre du conseil et de mandataire ..	95
§ 2 Rôle de l'avocat .....	95
I. Règles professionnelles de l'avocat .....	96
II. Avocat comme membre du conseil de fondation .....	96
III. Avocat comme mandataire de la fondation .....	98
§ 3 Rôle du gestionnaire de fortune .....	99
<b>Section 9 Fin des fonctions de membre</b> .....	100
§ 1 En général .....	100
§ 2 Expiration de la durée du mandat .....	101

§ 3	Démission .....	101
§ 4	Révocation .....	102
	I. Dispositions réglant la révocation et justes motifs .....	102
	II. Procédure de révocation .....	103
	III. Contestation de la révocation .....	104
§ 5	Autres motifs .....	105
	I. Incapacité de discernement .....	105
	II. Décès .....	105
	III. Perte d'une qualité nécessaire pour être membre .....	105
§ 6	Devoirs en cas de fin de mandat .....	106
 <b>Chapitre 5   Gouvernance de la fondation</b> <i>(Foundation Governance)</i>		  107
<b>Section 1   Notion et fondement</b> .....		107
§ 1	Origine et définition .....	107
§ 2	Loi et bonne gouvernance .....	109
§ 3	Autorégulation .....	109
<b>Section 2   Certifications et codes de bonne gouvernance</b> .....		110
§ 1	Certifications .....	110
	I. En général .....	110
	II. Label Zewo .....	111
	a. 21 normes Zewo .....	111
	b. Ancien Swiss NPO-Code, transposé dans les nouvelles normes Zewo .....	111
§ 2	Codes de bonne gouvernance .....	112
	I. <i>Swiss Foundation Code</i> 2015 .....	112
	II. Différents codes internationaux .....	113
<b>Section 3   Applicabilité des codes</b> .....		113
§ 1	Exigence (ou non) d'appliquer les codes .....	113
§ 2	Distinction nécessaire entre petites et grandes fondations .....	114
 <b>Chapitre 6   Gestion des biens de la fondation</b>		 117
<b>Section 1   Biens affectés à un but déterminé</b> .....		117
§ 1	Attributions du conseil de fondation en matière de gestion .....	117
§ 2	Affectation directe ou indirecte des biens au but .....	118

§ 3	Gestion des biens affectés directement au but .....	118
§ 4	Placement des biens affectés indirectement au but .....	119
<b>Section 2 Principes généraux et bonnes pratiques en matière de gestion</b> .....		119
§ 1	Principes généraux de gestion .....	119
§ 2	Maintien de la substance ou consommation du capital .....	120
§ 3	Règles de placement des fondations de prévoyance comme aide à l'orientation .....	121
§ 4	Recommandations de gestion des fondations donatrices .....	123
§ 5	Donations faites à la fondation .....	124
§ 6	Post-affectations et co-affectations .....	125
§ 7	Transparence de la gestion financière .....	126
<b>Section 3 Comptabilité et comptes</b> .....		127
§ 1	Compétence pour la tenue de la comptabilité .....	127
§ 2	Règles relatives à la comptabilité et aux comptes .....	127
	I. Application des règles sur la comptabilité commerciale .....	127
	II. Traitement des apports à la fondation .....	129
	III. Règles comptables spécifiques et Swiss GAAP RPC 21 .....	130
	IV. Dépôt des comptes .....	131
	V. Conservation de la comptabilité et des comptes .....	132
<b>Chapitre 7 Responsabilité</b> .....		133
<b>Section 1 Silence du droit des fondations</b> .....		133
<b>Section 2 Responsabilité des membres du conseil à l'égard de la fondation</b> .....		134
§ 1	Généralités .....	134
§ 2	La responsabilité contractuelle .....	135
§ 3	Exclusion et réduction de la responsabilité .....	136
	I. Désintéressement et limitation de la responsabilité .....	136
	II. Limitation de responsabilité pour faute légère .....	137
	III. Limitation de responsabilité en cas de délégation .....	138
	IV. Décharge des membres .....	139
§ 4	En procédure .....	139
	I. Qualité pour agir .....	139
	II. Qualité pour défendre .....	139
	III. Adaptation suisse de la <i>Business Judgment Rule</i> .....	141

---

IV. Établissement du dommage .....	142
V. Prescription .....	142
§ 5 Responsabilité délictuelle d'un membre du conseil à l'égard de la fondation .....	143
<b>Section 3 Responsabilité de la fondation pour les actes et faits des membres de son conseil .....</b>	<b>143</b>
§ 1 Imputabilité des actes et faits des membres du conseil à la fondation ....	143
§ 2 Actes juridiques .....	143
§ 3 Tous autres faits .....	144
<b>Section 4 Responsabilité des membres du conseil à l'égard des tiers .....</b>	<b>145</b>
§ 1 Chef de responsabilité et concours avec la responsabilité de la fondation	145
§ 2 Responsabilité délictuelle .....	146
§ 3 Dommage direct à la fondation et à un tiers créancier .....	147
§ 4 Responsabilité pour le versement des contributions sociales .....	148
§ 5 Autres chefs de responsabilité .....	149
<b>Section 5 Responsabilité pénale du conseil de fondation .....</b>	<b>149</b>
<b>Chapitre 8 Organe de révision .....</b>	<b>151</b>
<b>Section 1 Obligation de révision et dispense .....</b>	<b>151</b>
<b>Section 2 Éligibilité et devoirs généraux de l'organe de révision .....</b>	<b>152</b>
<b>Section 3 Ampleur de la révision .....</b>	<b>154</b>
§ 1 Contrôle ordinaire .....	154
§ 2 Contrôle restreint .....	154
<b>Section 4 Début et fin du mandat .....</b>	<b>155</b>
<b>Section 5 Responsabilité de l'organe de révision .....</b>	<b>156</b>
<b>Chapitre 9 Bénéficiaires de la fondation .....</b>	<b>157</b>
<b>Section 1 Bénéficiaires et buts statutaires .....</b>	<b>157</b>
§ 1 Détermination directe .....	158
§ 2 Détermination indirecte .....	158
§ 3 Absence de détermination .....	160



<b>Section 2 Prétentions et droits des bénéficiaires par rapport à la fondation</b> .....	160
§ 1 Prétentions ou attentes .....	160
I. Délimitation .....	160
II. Moyens des bénéficiaires pour faire valoir leurs prétentions ou attentes .....	161
§ 2 Droit (ou non) d'information .....	162
§ 3 Droit (ou non) d'être traité à égalité avec d'autres bénéficiaires .....	162
<b>Section 3 Bonnes pratiques des fondations donatrices</b> .....	162
<b>Chapitre 10 Modification et restructuration</b> .....	165
<b>Section 1 Modification essentielle de l'acte de fondation</b> .....	165
§ 1 Modification essentielle de l'organisation .....	165
§ 2 Modification essentielle du but .....	166
I. Variation du but et intentions du fondateur .....	166
II. But devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs .....	168
III. Formulation du nouveau but .....	168
§ 3 Procédure de modification .....	169
<b>Section 2 Réserve de modification du but</b> .....	170
§ 1 Réserve de modification du but par le fondateur .....	170
§ 2 Réserve générale de modification du but .....	172
<b>Section 3 Modification accessoire de l'acte de fondation</b> .....	173
<b>Section 4 Modification des règlements</b> .....	174
<b>Section 5 Modification du but et de l'organisation des fondations spéciales</b> .....	174
<b>Section 6 Fusion de fondations et transfert de patrimoine</b> .....	175
§ 1 Admissibilité des opérations de restructuration d'une fondation .....	175
§ 2 Fusion de fondations .....	176
I. Fusions de fondations classiques .....	176
II. Fusions de fondations spéciales .....	180
§ 3 Transfert de patrimoine .....	180
I. Transfert de patrimoine de fondations classiques .....	180
II. Transfert de patrimoine de fondations spéciales .....	183
<b>Section 7 Fusions internationales et changement de siège</b> .....	183

---

<b>Chapitre 11</b>	<b>Fondation en difficulté</b>	185
<b>Section 1</b>	<b>Spécificités du droit de l'assainissement des fondations</b> .....	185
<b>Section 2</b>	<b>Obligations en cas de surendettement et d'insolvabilité</b> .....	187
<b>Section 3</b>	<b>Mesures d'assainissement</b> .....	188
<b>Section 4</b>	<b>Réforme en cours</b> .....	189
<b>Chapitre 12</b>	<b>Fin de la fondation</b>	191
<b>Section 1</b>	<b>Concept de l'indissolubilité des fondations</b> .....	191
<b>Section 2</b>	<b>Dissolution volontaire</b> .....	192
§ 1	Volonté du fondateur .....	192
§ 2	Dissolution dite administrative .....	192
<b>Section 3</b>	<b>Dissolution obligatoire</b> .....	193
§ 1	Principe de subsidiarité .....	193
§ 2	Causes de dissolution .....	194
§ 3	Procédure de dissolution et de liquidation .....	194
	I. Requête ou action en dissolution .....	194
	II. Procédure de liquidation .....	195
	III. Affectation de l'éventuel excédent .....	196
<b>Section 4</b>	<b>Faillite de la fondation</b> .....	197
<b>Chapitre 13</b>	<b>Surveillance des fondations</b>	199
<b>Section 1</b>	<b>Fondations ordinaires et siège de la matière</b> .....	199
<b>Section 2</b>	<b>Autorité de surveillance compétente et organisation</b> .....	200
§ 1	Principes de compétence .....	200
§ 2	Autorité fédérale de surveillance .....	201
§ 3	Autorités cantonales de surveillance .....	201
§ 4	Détermination de l'autorité compétente .....	202
§ 5	Organisation de l'autorité de surveillance .....	203
<b>Section 3</b>	<b>Mandat de surveillance</b> .....	204
§ 1	Portée du mandat .....	204
	I. Mandat général de l'art. 84 al. 2 CC .....	204
	II. Mandat en cas de carence subséquente dans l'organisation .....	204

III. Autres tâches spécifiques .....	206
§ 2 Principes d'intervention de l'autorité .....	206
I. Principes généraux de comportement .....	206
II. Respect de l'autonomie de la fondation .....	207
III. Proportionnalité et subsidiarité de l'intervention .....	207
<b>Section 4 Pouvoirs et mesures de surveillance .....</b>	<b>208</b>
§ 1 Les pouvoirs de l'autorité de surveillance .....	208
§ 2 Mesures ordinaires .....	208
§ 3 Mesures extraordinaires .....	210
I. Information supplémentaire .....	210
II. Moyens d'intervention dans l'activité de la fondation .....	210
III. Intervention dans la composition des organes .....	211
IV. Désignation d'un commissaire .....	212
V. Mesures quant à l'existence même de la fondation .....	213
§ 4 Aspect pénal de la surveillance .....	214
§ 5 Emoluments et frais liés à la surveillance .....	215
§ 6 Lien entre autorités de surveillance et autorités fiscales .....	216
§ 7 Exemples cantonaux de mesures de surveillance .....	216
<b>Section 5 Dénonciation et plainte auprès de l'autorité de surveillance ...</b>	<b>218</b>
§ 1 Dénonciation .....	218
§ 2 Plainte .....	219
§ 3 Délimitation de la plainte par rapport à l'action civile .....	220
<b>Section 6 Voies de droit contre les actes de l'autorité de surveillance .....</b>	<b>221</b>
§ 1 Voie de recours contre les décisions .....	221
§ 2 Voie de droit contre les règles adoptées par l'autorité de surveillance ...	222
<b>Section 7 Responsabilité de l'autorité de surveillance .....</b>	<b>222</b>
<b>Section 8 Contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme .....</b>	<b>223</b>
<b>Section 9 Surveillance des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques .....</b>	<b>225</b>
<b>Chapitre 14 Fiscalité .....</b>	<b>227</b>
<b>Section 1 Impôt sur le bénéfice et le capital .....</b>	<b>227</b>
§ 1 Impôt sur le bénéfice .....	228

I. Calcul du bénéfice imposable .....	228
II. Taux et limite d'imposition .....	230
§ 2 Impôt sur le capital .....	231
<b>Section 2 Impôt sur les donations et les successions .....</b>	<b>231</b>
<b>Section 3 Assujettissement de la fondation à la TVA .....</b>	<b>232</b>
§ 1 Assujettissement à la TVA .....	232
I. Conditions .....	232
II. Conséquences de l'assujettissement à la TVA .....	233
§ 2 Exploitation d'une entreprise .....	233
I. Fondation exploitant une entreprise .....	233
II. Fondation n'exploitant pas une entreprise .....	234
III. Fondation exerçant une activité non commerciale et une activité commerciale .....	234
<b>Section 4 Exonération de l'impôt .....</b>	<b>235</b>
§ 1 Introduction .....	235
§ 2 Motifs d'exonération et sources .....	237
§ 3 Portée de l'exonération .....	238
§ 4 Exonération pour but d'utilité publique .....	239
I. L'intérêt général .....	240
II. Le désintéressement .....	241
a. L'exigence d'un sacrifice .....	242
b. Rémunération et indemnisation des organes dirigeants .....	242
c. Cercle des destinataires et absence d'assistance mutuelle .....	245
d. Activité économique .....	245
III. Affectation exclusive et irrévocable des fonds .....	248
IV. Activité effective .....	250
§ 3 Exonération pour but de service public .....	250
I. Notion de but de service public .....	251
II. Conditions .....	252
§ 4 Exonération pour cause de but culturel .....	253
I. Notion de but culturel .....	253
II. Conditions .....	255
III. Exonération pour double cause .....	256
§ 5 Le domaine de la culture .....	256
I. Exonération pour cause de but de service public .....	257
II. Exonération pour cause de but d'utilité publique .....	257
a. Intérêt général .....	258

b. Désintéressement .....	260
§ 6 Libéralités consenties à la fondation exonérée .....	261
I. Déduction des libéralités auprès du donateur .....	261
II. Montant déductible .....	261
III. Libéralités déductibles .....	262
§ 7 Aspects formels et de procédure .....	263
§ 8 Exonération fiscale partielle .....	264
<b>Section 5 Fondations poursuivant un but idéal (dès le 1<sup>er</sup> janvier 2018) .</b>	<b>265</b>
§ 1 Limite d'imposition .....	265
§ 2 Les «butts idéaux» .....	266
§ 3 Affectation exclusive et irrévocable du bénéfice .....	267
<b>Table non exhaustive des textes légaux et autres documents topiques .....</b>	<b>269</b>
<b>Bibliographie sélective .....</b>	<b>273</b>
<b>Index .....</b>	<b>275</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>281</b>