

LES FONDATIONS ACTIONNAIRES

Conférence donnée par Maître Jean-Charles Roguet

Lors du séminaire du 16 septembre 2016 à Genève

Sous le titre : "Les Fondations Actionnaires,
un modèle économique et philanthropique méconnu"

Depuis de nombreuses années, les fondations actionnaires connaissent un important développement dans les pays nordiques et en Allemagne.

On en dénombre environ 1'350 au Danemark, 1'000 en Norvège, 1'000 en Allemagne et 10 en Suède (mais elles contrôlent 50 % de l'économie suédoise).

A l'opposé, on en compte 2 en France et une trentaine en Suisse (chiffre approximatif).

Prophil (société française indépendante de conseils en stratégie dans le secteur philanthropique) [animée par Virginie Seghers] en collaboration avec Delsol Avocats, a réalisé une importante étude et organisé des séminaires afin d'établir une comparaison entre les différents pays et, surtout, tenter de comprendre pourquoi il existe une telle disparité.

A l'évidence, la première et principale cause est un cadre légal complètement différent. Le présent exposé a pour but d'examiner en un bref résumé la situation en Suisse.

I - Introduction

La Suisse est un pays de fondations. Il n'y a pas de recensement précis mais leur nombre, selon diverses sources, se monte à plus de 13'000.

D'après une étude de la Fondation 1796 de la Banque Lombard Odier, parue en 2010 sous le titre : "Initiative pour la dynamisation de la philanthropie en Suisse", il y a dans notre pays environ une fondation pour 650 habitants, contre 1 pour 3'000 aux Etats-Unis et 1 pour 5'000 en Allemagne. Il est vrai qu'un certain nombre de ces fondations sont inactives mais ces chiffres restent extrêmement importants et démontrent à quel point le monde de la fondation est développé en Suisse.

Peut-être deux raisons à cela :

1. Notre pays est une des nations les plus généreuses en Europe : plus du 2/3 des ménages font régulièrement des dons. Selon SwissFoundations, la fortune totale des fondations d'intérêt public en Suisse ascenderait à un montant de CHF 50 à 80 milliards de

francs pour des dons et dépenses de CHF 1.5 milliards de francs par année, donc une tradition du don.

2. Une législation simple, donc un minimum de contraintes.

A cela s'ajoute la tendance actuelle, en Suisse et dans le monde, qui démontre un engagement croissant pour la philanthropie, notamment de la part des entreprises.

Toutefois, le profil de ce secteur est mal défini et son manque de visibilité et de communication nuit à sa crédibilité. Depuis quelques années, proFonds (association faîtière des fondations d'utilité publique), SwissFoundations (la puissante association des fondations donatrices), l'Institut VMI, ZEWO, entre autres, déploient des efforts pour permettre au secteur philanthropique suisse de gagner en importance et surtout en transparence.

Trop souvent encore, la discrétion qui entoure le monde des fondations en Suisse engendre méfiance et suspicion. Il est important de dire que la discrétion et le respect de la sphère privée ne sont pas porteurs de tricherie contrairement à ce que certains, bien à tort, prétendent.

Ces quelques éléments chiffrés démontrent combien il est important d'examiner la situation de la fondation actionnaire dans notre pays : nous sommes persuadés qu'elle représente une solution (je dis bien une solution et pas la solution) favorable au développement de la philanthropie, tout en étant intéressante économiquement.

II – Le cadre légal

Rapidement, il faut définir le cadre légal, notamment les conditions de la création d'une fondation.

Soyez rassurés, je ne vais pas vous donner un cours de droit mais essayer de brosser les grandes lignes de la situation telle qu'elle se présente en Suisse, en insistant sur les fondations à but économique.

Il existe deux catégories de fondation à but économique :

1. la fondation qui exploite elle-même une industrie en la forme commerciale que l'on doit qualifier d' "*Unternehmens Stiftung*" (fondation d'entreprise) ;

2. la fondation qui détient des participations dans d'autres personnes morales qui, elles, exercent une activité commerciale. La doctrine lui donne l'appellation de " *Holding Stiftung*" (fondation holding) ; c'est donc celle-ci qui nous intéresse.

La légalité des fondations à but économique aussi bien " *Unternehmens Stiftung*" que " *Holding*" est, sinon contestée, du moins sujette à controverse. Celle-ci trouve son origine dans l'absence de textes légaux les régissant. Il est vraisemblable qu'au moment de la promulgation des articles réglant la fondation (au début du 20ème siècle), le législateur n'a pas envisagé ce cas de figure mais, pour favoriser le développement des fondations, il a établi une législation succincte, par voie de conséquence libérale.

Nous trouvons dans la doctrine 3 tendances qui expliquent les controverses.

1. Selon la première tendance : certains auteurs sont totalement opposés à la notion de "fondation économique" estimant qu'il y a une incompatibilité entre le but d'utilité publique et l'aspect commercial.
2. D'autres auteurs acceptent l'idée des fondations économiques mais avec des limitations, notamment en ce sens que l'exploitation d'une entreprise où la participation à une société commerciale ne devrait pas constituer le but principal ou unique d'une fondation, mais devrait être subordonnée à un but suprême qui serait, lui, d'intérêt public.
3. Enfin, la majeure partie des auteurs défend l'admissibilité absolue des fondations à but économique.

Ces derniers ratifient ainsi la pratique qui s'est développée au cours des années et se fondent sur un principe, à savoir : "l'absence de base légale expresse pour limiter la liberté du fondateur". En d'autres termes, ils admettent que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Cette thèse très pragmatique a été approuvée et soutenue par quelques jurisprudences de notre Tribunal fédéral.

Certains auteurs ont défendu l'idée que la fondation joue un rôle important permettant au fondateur de déterminer à long terme l'avenir d'une entreprise. Le Professeur Parisima Vez, dans son ouvrage : " *La Fondation : lacunes et droit désirable*", explique : " *La fondation peut aussi se révéler un instrument efficace. Ainsi lorsque le créateur d'une*

entreprise familiale craint, à juste titre, que sa famille ne s'éteigne ou qu'au contraire le nombre des descendants n'augmente de telle sorte que l'entreprise souffre de conflits d'intérêts multiples, il pourrait céder la majorité des actions de l'entreprise à une fondation dont le but serait le maintien de celle-là." C'est donc la reconnaissance de la fondation actionnaire.

A ce stade, il faut toutefois respecter l'art. 659 al. 2 du Code des obligations ("CO") qui vise, via l'art. 680 CO, à éviter la restitution des versements aux actionnaires qui affecterait la protection des créanciers de la société.

Il convient donc que la fondation acquière, à titre gratuit, les actions de la société ou si ce n'est pas le cas, le montant versé aux actionnaires doit être pris sur les réserves et ne pas toucher le capital social qui est le garant des dettes de la société. En d'autres termes, l'opération ne doit pas avoir pour but la mise en danger des créanciers de la société.

Nous devons maintenant évoquer l'exonération fiscale. Il va de soi que la fondation actionnaire n'a de sens que si elle bénéficie de ladite exonération, c'est-à-dire qu'elle ne paie pas d'impôts sur le bénéfice, ni sur le capital exclusivement et irrévocablement affecté à son but.

Toute fondation qui demande l'exonération fiscale doit impérativement remplir un certain nombre de conditions que l'on peut résumer en quatre points ; elles sont fixées de manière précise dans une circulaire de l'Administration fédérale des contributions du 8 juillet 1994.

Le premier critère indispensable est la poursuite d'un intérêt général. La fondation doit avoir un but d'utilité publique qui s'adresse à un large cercle de personnes. On reconnaît généralement comme but d'utilité publique les activités à caractère caritatif, humanitaire, sanitaire, écologique, éducatif, scientifique et culturel.

Le deuxième critère est le désintéressement : l'activité doit non seulement servir l'intérêt public, mais doit également consister en une attitude altruiste, soit un dévouement à la collectivité : l'intérêt général doit primer l'intérêt des membres ou celui de tiers proches.

Troisième critère : une activité réelle. L'activité philanthropique doit être effective. Au moment de la demande d'exonération, il convient en général de présenter une description des activités envisagées et un projet de budget.

Le quatrième critère est extrêmement important. Il s'agit de l'utilisation des fonds : les fonds apportés à la fondation doivent être affectés à la poursuite de ses buts et cela irrévocablement. Pour satisfaire à cette exigence, les statuts doivent prévoir que les fonds ne peuvent d'aucune manière profiter aux fondateurs ou aux donateurs ; de plus, en cas de dissolution de la fondation, ses actifs doivent impérativement être remis à une fondation poursuivant un but analogue.

La requête de demande d'exonération doit être adressée à l'administration fiscale du canton dans lequel la fondation exploite son activité ou à l'Administration fédérale des contributions si la fondation a une activité plus large. Enfin, celle-ci doit avoir un lien avec le canton ou la Suisse pour les fondations à vocation internationale.

Pour les fondations actionnaires, il y a une condition supplémentaire fixée par l'Administration fédérale des contributions : le texte de la circulaire (toujours en vigueur) du 8 juillet 1994, sous la rubrique "*Buts économiques et fondations holding*" : l'Administration fédérale des contributions décrète :

"La loi précise expressément que les buts économiques ne sont en principe pas des buts d'intérêt public. Les purs placements de capitaux – même s'il s'agit de participation 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 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."

Il s'agit là d'un point clé et d'une restriction à la liberté d'activité de la fondation actionnaire.

En résumé, on peut dire qu'en Suisse, le cadre légal se caractérise par la présence de peu de textes légaux, donc une grande souplesse mais des garde-fous importants fixés par la jurisprudence et concrétisés par les

exigences que l'Administration fédérale des contributions pour l'obtention de l'exonération.

Deux points évidents mais à rappeler :

- La fondation doit obligatoirement être constituée par-devant notaire avec un capital minimum fixé par l'usage à CHF 20'000.00 pour une fondation à vocation cantonale et CHF 50'000.00 si elle a une vocation internationale.
- Ensuite, elle est soumise à la surveillance de l'Autorité de surveillance des fondations, soit cantonale si elle exerce une activité principalement dans un canton, ou fédérale si la fondation a une activité couvrant plusieurs cantons et surtout une activité internationale.

Cela impose la remise annuelle d'un rapport de gestion, soit un rapport d'activité, les comptes annuels (bilan, compte de pertes et profits et annexes) et le rapport de révision. Tous ces documents doivent évidemment être préalablement revus et acceptés par le Conseil de fondation.

J'ai voulu relever ces points car les administrations fiscales sont de plus en plus exigeantes pour accorder l'exonération et la surveillance des autorités tend à une sévérité accrue.

III. - Exemples de fondations actionnaires en Suisse

Les plus connues sont :

- Rolex qui appartient à la Fondation Hans Wilsdorf ;
- Jakobs Holding : 100 % à la Fondation Jakob ;
- Kuoni : la Fondation Kuoni et Hugentobler possède 6.25 % de Kuoni Holding et 25 % des droits de vote.

Il est intéressant de relever cette particularité : le droit suisse permet d'émettre des actions à droit de vote privilégié.

A ce stade, 2 conditions, selon l'art. 693, al. 2 CO :

1. Elles doivent être nominatives ;

2. Dans un rapport limite de 1 à 10 entre actions à droit de vote privilégié et les autres actions.

- La société Göhner qui appartient à Ernst Göhner Stiftung ;
- Victorinox S.A. qui a une Fondation Victorinox qui détient 10 % du capital ;

Et un exemple récent, en Suisse Romande :

Eldora S.A. : la société de restauration collective qui emploie plus de 2'000 personnes et qui appartient à la Fondation DSR.

On cite aussi la Fondation Jura-Henziols Holding qui appartient à Elizabeth und Leo Henziols-Studer Stiftung.

IV. Pourquoi est-ce un modèle méconnu ?

- a) Les auteurs relèvent principalement que l'environnement fiscal n'est pas suffisamment incitatif, même si des progrès ont été enregistrés, notamment à Genève. Il y a eu une réforme de la Loi sur les donations et successions en juin 2008 et, en son article 6, elle prévoit que : *"sont exempts de tous les droits pour toute succession les institutions d'héritiers, legs et autres libéralités à cause de mort à des personnes morales ayant leur siège en Suisse, qui sont exonérées et sur le bénéfice et sur le capital, en raison de leur but de service public, d'utilité publique ou culturelle ..."*

Le Professeur Xavier Oberson, dans un article : *"Aspects fiscaux de la philanthropie en Suisse"* souligne que : *"En général, l'apport de capital à une fondation, ainsi que les dons supplémentaires sont traités comme des donations. Toutefois, dans la mesure où le destinataire est une personne morale d'utilité publique, au sens du droit cantonal applicable, le don qui lui est effectué est, dans la règle, exonéré d'impôt sur les successions et donations."*

Ceci est un progrès important, mais il se heurte aux règles du droit des successions en ce qui concerne les droits des héritiers réservataires. Selon le droit suisse, le de cujus ne peut pas disposer librement de la totalité de ses actifs s'il laisse des héritiers légaux, une épouse et (ou) des descendants / ascendants, qui disposent d'une réserve incontournable. Pour cette raison, le Docteur Harold

Grüninger, grand spécialiste du droit des fondations (il a rédigé le Commentaire bâlois), m'indiquait, lors d'un entretien que j'ai eu avec lui dans le cadre de la préparation de ce séminaire, qu'il ne voyait pas vraiment un avenir pour les fondations actionnaires. Pour lui, la seule véritable motivation pour un entrepreneur de créer une fondation holding est de n'avoir aucun héritier. A l'heure actuelle, c'est le cas de la majorité des fondations existantes dans notre pays.

A noter tout de même, le projet du Conseil Fédéral de modification du droit des successions, actuellement en procédure de consultation, qui vise à l'augmentation de la quotité disponible, c'est-à-dire à la diminution des réserves héréditaires.

Toutefois, si le cadre familial est harmonieux, il existe toujours la possibilité de résoudre le problème de la quotité disponible en établissant un pacte successoral.

- b) A titre personnel, il me paraît que le principal obstacle est le côté irréversible de la fondation.

Il n'y a pas de retour en arrière possible : le but est intangible (sauf circonstances très particulières), mais il doit demeurer d'intérêt public, et les fonds (nous l'avons vu tout à l'heure) ne peuvent être affectés qu'audit but. L'entrepreneur qui envisage la création d'une fondation actionnaire veut assurer essentiellement la pérennité de son entreprise mais ce modèle, aujourd'hui adéquat, le sera-t-il demain ? Il est inévitable de se poser cette question à l'heure des bouleversements économiques et des développements technologiques tellement rapides.

Au moment de la création de la fondation, il est indispensable de consacrer un soin particulier à la rédaction des statuts en sollicitant les conseils de professionnels et en évitant la solution facile des statuts types.

- c) La création d'une fondation actionnaire est peut-être un luxe car elle implique une excellente marche des affaires. Cet aspect, dans une conjoncture toujours plus difficile, fera réfléchir beaucoup d'entrepreneurs même si, à la création, la participation de la fondation dans la société peut varier de 10 à 100 %.
- d) Le cadre juridique (encadrant la fondation actionnaire) n'est pas adapté aux petites et moyennes entreprises. Dès lors, la fondation actionnaire ne deviendra un modèle d'avenir que si ce cadre est

amélioré. Il faut espérer que le développement de la philanthropie et les succès rencontrés dans les pays nordiques permettront ces changements indispensables.

- e) Il y a un dernier obstacle de taille à prendre en considération, notamment si l'on compare la situation en Suisse aux conditions en vigueur dans les pays nordiques et en Allemagne : dans notre pays, le Conseil de fondation ne peut en aucun cas, dans le système actuel, intervenir directement dans la marche des affaires de la société dont il est l'actionnaire, ne permettant pas à la fondation de jouer un rôle dans l'amélioration de la gouvernance et de diminuer la pression de la politique du dividende à tout prix. Ceci est regrettable mais non sans espoir.

V - Conclusion

Les avantages de la fondation actionnaire sont incontestables, ils nous ont été rappelés au fil des exposés précédents et il faut absolument les mettre en évidence. Nul doute que les exemples étrangers auront une influence et, d'autre part, comme je le relevais, le développement de la philanthropie est un mouvement qui paraît irréversible.

Je veux croire à une évolution favorable et c'est la raison de mon engagement. Il faudra beaucoup de séminaires comme celui-ci, beaucoup de publications et d'efforts de lobbying pour convaincre le pouvoir politique. Il faut rappeler qu'une très large majorité du tissu économique en Suisse est constituée d'entreprises familiales et pour beaucoup d'entre elles leur avenir est une question difficile, voire insoluble. Il est incontestable que la fondation actionnaire peut être une solution. C'est donc un immense chantier qui nous attend mais les efforts sont indispensables.

Un des grands défis de notre système capitaliste est une répartition plus équitable des richesses. Le fossé entre très riches et le reste de la population ne peut continuer de se creuser sans déboucher sur de graves problèmes. Je suis suffisamment optimiste, voire utopiste, pour imaginer que la fondation actionnaire est un élément qui peut répondre, même partiellement, à ce défi. Elle peut, par exemple, prévoir dans son but qu'une partie des fonds soit consacrée à des prestations en faveur des employés et cadres de la société (bonus pour les longues années de service, bourses pour les enfants accomplissant des études, etc.).

J'ai tenté (brièvement compte tenu du temps qui m'était imparti) d'expliquer la situation de la fondation actionnaire et espère surtout vous avoir convaincus de son intérêt.

Il existe suffisamment de sagesse, d'intelligence et de ressources en Suisse pour mettre sur pied un cadre légal permettant de développer un modèle économique que nous jugeons juste et indispensable car adapté aux enjeux de notre époque.

Le groupe qui a organisé ce séminaire va donc poursuivre ses efforts et ses démarches pour que le concept de fondation actionnaire puisse avancer.

P.S. : Il existe un certain nombre d'exemplaires de la brochure : "Les Fondations Actionnaires, première étude européenne", éditée par Prophyl en mars 2015. Ceux qui seraient intéressés à la recevoir peuvent adresser un e-mail à [genevieve.monnerat@mll-legal.com].