



Avocate, **Delphine Bottge** est la fondatrice de Purpose Lawyers qui accompagne les familles, les philanthropes, les entreprises et leurs dirigeants, les fondations et associations à créer du sens, des valeurs et de l'impact. Son expertise porte ainsi sur la gouvernance, celle des fondations, des entreprises, mais aussi la gouvernance familiale.

En sus de sa pratique, elle siège aux conseils de plusieurs fondations et dispense des formations, notamment au sein du Centre en Philanthropie (Université de Genève), dont elle est Academic Fellow.

Son ouvrage « Les fondations actionnaires en Suisse – Ces fondations qui détiennent des entreprises » (Editions Slatkine) et sa version anglaise "Holding Foundations in Switzerland - The Foundation-owned company model from theory to practice" sont parus en 2022.



2, rue St Léger
1205 Genève
T +41 22 908 07 00
www.purposelawyers.ch

Fondation et gouvernance familiale : Comment transmettre ses valeurs au fil des générations ?

La constitution d'une fondation a tout son sens dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée : elle facilite au sein de la famille une adhésion aux valeurs qui lui sont propres et une compréhension de la finalité du patrimoine familial au travers des générations, qui ancrent l'engagement des membres de la famille à un projet philanthropique commun, compréhensible et fédérateur.

Le droit des fondations est très libéral et laisse au fondateur une grande autonomie au moment de la constitution pour exprimer sa volonté et déterminer la gouvernance la plus adaptée, à même de pérenniser l'engagement des membres de la famille.

La fondation comme instrument de gouvernance familiale

Nous avons, dans un précédent article, souligné à quel point les réflexions qui accompagnent une gouvernance familiale ne sauraient se limiter à une simple transmission d'actifs. Elle favorise l'unité de la famille autour d'un projet commun, compréhensible et fédérateur, construit au bénéfice de la pérennité de l'entreprise, des divers actifs, mais aussi des valeurs familiales à long terme. Elle encadre la communication au sein de la famille et avec les tiers, et fixe des règles explicites de transmission. Elle assure l'identité et la cohésion familiale, le sentiment d'appartenance à une lignée et prévient les confrontations.

L'instauration d'une gouvernance familiale est un chemin, un processus qui apporte une organisation claire aux échanges et prises de décision au sein de la famille. Il requiert de travailler sur les valeurs propres à la famille, comme ciment unificateur, et d'instaurer une éthique dans la transmission aux générations des compétences et responsabilités qui seront le corollaire de la prospérité et qui contribueront à la pérennité de la fortune et/ou de l'entreprise familiale. Cette dimension familiale est essentielle pour permettre à chacun des membres de comprendre et transmettre à son tour le sens que la famille donne à son patrimoine, sa finalité. Elle suppose un exercice de dialogue et de discussion entre générations, empruntant un chemin plus profond, qui tend à la pérennité du patrimoine familial et de sa

finalité et intègre les aspirations de chacun des membres pris séparément ; son rôle, en tant que membre de la famille, évoluant dans une vision familiale conforme à ses valeurs.

La fondation peut en effet être une véritable synthèse incitative de gouvernance familiale. Elle assure d'une part l'expression des valeurs et du projet philanthropique familial qui lui sont propres : domaines de soutien, stratégie de dons, niveaux d'engagement et de visibilité sont multiples et différent d'une famille à une autre. Mais aussi, et cela a toute sa pertinence, la fondation permet, en respect de la gouvernance arrêtée par son fondateur, de rassembler les membres de la famille autour de cette expression, souvent en réunissant plusieurs générations au sein de son conseil (dimension intergénérationnelle), au fil du temps, de par son caractère immuable (dimension transgénérationnelle). Le conseil de fondation prend alors sa dimension de lieu d'échanges, de concrétisation et de mise en œuvre des valeurs familiales à long terme.

La création d'une fondation peut par ailleurs répondre aux préoccupations des entrepreneurs soucieux d'assurer la pérennité de l'entreprise familiale, qui n'entendent ni privilégier l'un de leurs enfants ni fractionner le patrimoine et l'unité au sein d'une fratrie. Ils pourront céder tout ou partie de l'entreprise familiale à une fondation, dont le but statutaire sera économique (la seule détention des parts de l'entreprise et la pérennisation de cette dernière) ou d'utilité publique (la détention des parts étant alors un simple moyen permettant à la fondation d'atteindre ce but)¹. Elle tiendra ainsi un rôle de tiers neutre, de modérateur, de fédérateur, voire de vigie dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée, aux côtés des actionnaires familiaux qui subsisteront, de génération en génération. Une Charte familiale ancrera les principes de cette gouvernance et établira les règles applicables en cas de cession ou de vente de parts de l'entreprise.

Un droit des successions en évolution

Une gouvernance familiale structurée tiendra compte des limites que pose le droit des successions, notamment des réserves héréditaires (art. 493 CC et art. 471 CC). Relevons que la récente révision du droit successoral, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, a instauré, comme seuls héritiers réservataires, le conjoint et les descendants. Si la réserve du conjoint demeure inchangée, celle des descendants, quant à elle, est réduite à la moitié de leur droit de succession. Ce renforcement de la liberté de décision du *de cuius* facilite la transmission d'entreprises familiales. Il peut aussi inciter à dédier une plus grande part de son capital à la création d'une fondation, par exemple des actions de l'entreprise familiale, sans même avoir recours à un pacte successoral². Avec l'accord des héritiers réservataires, la famille pourra même, si elle l'entend, façonner le projet familial autour de sa vision propre et allouer à une fondation un capital excédant même, si cela fait sens, la quotité disponible, en concluant un pacte successoral, par lequel ils conviendront notamment de la renonciation aux droits successoraux et de l'attribution à la fondation.

L'acte de fondation : un document de gouvernance familiale à ne pas négliger

Le droit suisse des fondations est très libéral : la liberté du fondateur en est un des principes cardinaux. Il a ainsi la liberté de concevoir et dessiner les contours d'une fondation selon sa propre volonté, tout en

¹ Pour approfondir ce modèle de fondation actionnaire : Delphine BOTTGE, « Les fondations actionnaires en Suisse – Ces fondations qui détiennent des entreprises », Editions Slatkine, Genève, 2022.

² Relevons également que ce nouveau droit s'applique à tout décès survenant après l'entrée en vigueur de la révision, y compris en cas de dispositions testamentaires rédigées avant le 1^{er} janvier 2023. Cela peut soulever d'épineuses questions d'interprétation, dans le cas, par exemple, où le testament ferait référence au terme générique de « quotité disponible » - mention fréquemment usitée lorsque le *de cuius* souhaite effectuer un legs important à une organisation d'utilité publique. En l'absence de nouvelles dispositions transitoires, l'on peut effectivement se demander si la « quotité disponible », mentionnée par le *de cuius* dans son testament, doit s'entendre comme celle en vigueur avant ou après la révision survenue au 1^{er} janvier 2023. C'est pourquoi il serait judicieux d'inciter tout disposant à revoir les dispositions qu'il aurait prises précédemment, à la lumière du nouveau droit successoral, et d'y apporter les précisions ou modifications attendues afin qu'elles correspondent à sa volonté (FF 2018 5865, p. 5918).

observant les limites que pose le droit suisse. Une fois la fondation constituée, elle devient une entité juridique indépendante de son fondateur qui ne pourra alors modifier ses statuts qu'à des conditions restrictives.

La rédaction de l'acte de fondation est donc déterminante, bien plus que pour d'autres structures juridiques, et chaque clause statutaire devra être alignée avec les dispositions de gouvernance familiale, dans un souci de cohérence qui s'impose. Les statuts pourront ainsi intégrer des règles spécifiques de gestion des actifs de la fondation alignés sur les principes arrêtés de gouvernance familiale (pour le capital, l'entreprise, la collection d'art qui seraient donnés à la fondation), mais aussi des principes de gouvernance de la fondation et des droits d'intervention, qui assureront l'implication des membres de la famille au fil des générations³.

À teneur de l'article 86a al. 1 CC, le fondateur peut ainsi se réserver expressément dans les statuts le droit de modifier le but de la fondation, après un délai de 10 ans à compter de sa constitution ou de la dernière modification. De nature strictement personnel, le droit de modifier le but peut intervenir sur présentation d'une requête de modification du fondateur, de son vivant ou par disposition *pour cause de mort*. Ce droit ne peut pas être transmis aux héritiers ou à des tiers (art. 86a III CC).

À compter du 1^{er} janvier 2024 et de l'entrée en vigueur de la révision de l'article 86a CC⁴, les droits du fondateur seront étendus par l'élargissement, aux mêmes conditions de son droit de modification à celles portant sur l'organisation. Ainsi, le nouvel art. 86a al. 1 CC dispose que « *l'autorité fédérale ou cantonale compétente modifie, sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition pour cause de mort prise par celui-ci, le but ou l'organisation de la fondation, lorsque l'acte de fondation réserve cette possibilité et que 10 ans au moins se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou depuis la dernière modification du but ou de l'organisation requise par le fondateur.* ».

Cette révision accroît la liberté d'adapter la gouvernance d'une fondation aux réflexions qui seraient tenues au sein d'une famille après sa constitution. Le fondateur pouvait d'ores et déjà, avant la révision du Code civil, prévoir dans l'acte de fondation, différentes gouvernances successives pour la fondation, par exemple, l'une pour la première génération, une autre pour les générations suivantes. Dorénavant, il pourra également le prévoir plus tardivement ou par des dispositions pour cause de mort qu'il rédigerait ultérieurement, sous respect du nouvel article 86a CC.

La cohérence, indispensable à l'ancrage juridique de la Charte familiale

Il n'est pas toujours aisé de retranscrire le contenu d'une Charte familiale dans les actes juridiques qui en assurent l'ancrage contraignant (dispositions testamentaires, pacte successoral, pacte d'actionnaires, contrat de mariage, etc., mais également acte de fondation). Si chacun de ces actes venait à ne pas refléter, en miroir l'un de l'autre, la volonté et les valeurs exprimées en formant un tout cohérent, c'est alors qu'apparaîtraient les risques de dissensions entre membres de la famille et de perte de sens, susceptibles de mettre en péril vision à long terme et pérennité dans la transmission des actifs et des valeurs familiales.

Me Delphine Bottge / Septembre 2023

³ Le fondateur peut ainsi stipuler que les membres de la famille siègeront au Conseil de fondation et leur attribuer ce droit à vie. Il peut également se réserver, à lui-même et ses descendants après lui, le droit de nommer les membres du Conseil de fondation (ATF 144 III 264) ou réserver un droit de veto des membres de la famille sur les décisions importantes.

⁴ L'Autorité de surveillance fédérale des fondations accepte d'ores et déjà aujourd'hui, avant l'entrée en vigueur de l'art. 86a nCC, les nouveaux actes de fondation qui prévoient une réserve de changement d'organisation (ASF, Mémento relatif à l'introduction d'une réserve liée à un changement d'organisation avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code civil sur les fondations (09.01.2023) ; [Mémentos \(admin.ch\)](#)).

L'expérience d'Amadeus :

Comme Me Bottge, nous relevons l'intérêt que revêt la fondation comme instrument de gouvernance pour les familles dont la fortune se trouve principalement au sein d'une société familiale ainsi que pour les familles ayant cédé tout ou partie du capital de leur société.

Cet intérêt est, de notre expérience, en outre proportionnel au soin qui aura été accordé à la définition de la mission de la fondation, de ses paramètres et de ses modalités de fonctionnement. La charte familiale est, comme exposé plus haut, essentielle : précision, clarté et simplicité sont les maîtres-mots devant guider sa rédaction, aussi pour s'assurer -la géographie des familles étant de plus en plus étendue- que les buts partagés de la fondation seront bien perçus de la même manière dans toutes les juridictions.

Au gré de nos 40 années d'existence aux côtés de nos familles-clientes, nous avons été confrontés à de nombreux scénarios en matière d'organisation patrimoniale autour d'entreprises familiales. L'expérience la plus traumatisante que nous ayons vécu par procuration -pour des gens dont nous nous sommes occupés par la suite- est celle d'une famille ayant dans une certaine précipitation cédé l'entreprise éponyme créée deux générations plus tôt sans avoir pris soin d'organiser en amont, sous l'angle du patrimoine familial, les suites de la cession. Les actionnaires de l'entreprise, vivant dans deux pays d'Europe, étaient 5 arrières petits-enfants/cousins du fondateur, ayant eux-mêmes des enfants.

Plusieurs chapitres pourraient être écrits sur les conséquences financières de cette impréparation mais, rétrospectivement, la partie la plus difficile à gérer pour la famille a été la perte de repères et de valeurs familiaux, la perte de la notion d'intérêt collectif, au final la perte d'un certain héritage culturel familial.

L'existence d'une fondation qui aurait à l'époque été constituée à dessein aurait à tout le moins permis de réunir tous les héritiers autour de causes communes, pas seulement culturelles et caritatives et d'ainsi faire perdurer le nom, le sens et l'esprit de la famille.

Approchée après la cession de l'entreprise, Amadeus Capital s'occupe aujourd'hui de la gestion du patrimoine de l'une des branches de cette famille ; entre autres choses, nous discutons actuellement avec ses membres de la création d'une société dédiée à l'investissement dans le domaine de l'eau au sens large, avec pour intention de réunir parents et enfants autour de la même cause et de la même table.

Créer de la substance, du contenu, du sens, transmettre, autant de sujets sur lesquels nous accompagnons nos clients.