

Giulia Neri-Castracane / Sara Andrade

## **Structuration juridique de la philanthropie**

### **Mise en perspective des limites du droit privé et du droit fiscal**

---

Les auteures présentent les différents modes de structuration juridique de la philanthropie, en proposant de distinguer entre les modes typiques et atypiques que ce soit sous forme d'entités juridiques et de contrats. Elles relèvent également la discordance de certaines notions entre le droit privé et le droit fiscal, dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de structurer une activité philanthropique.

---

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit fiscal, Droit privé, Personnes morales

Proposition de citation : Giulia Neri-Castracane / Sara Andrade, Structuration juridique de la philanthropie, in : Jusletter 14 octobre 2024

## Table des matières

1. Introduction
2. Formes juridiques : des formes typiques aux atypiques
  - 2.1. Formes typiques : associations et fondations
  - 2.2. Formes atypiques : sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives
  - 2.3. Tableau récapitulatif
3. Structures contractuelles : des moyens classiques aux innovants
  - 3.1. Joindre une fondation abritante (sous-fonds) ou un collectif
  - 3.2. Réaliser un investissement à impact (impact investing et venture philanthropy)
4. Considérations fiscales et structuration philanthropique : aspects choisis
  - 4.1. Notion d'utilité publique : droit fiscal versus droit privé
  - 4.2. Distinction entre « but » et « activité »
  - 4.3. Activité commerciale
  - 4.4. Distribution de dividendes
  - 4.5. Donation et contre-prestation
5. Conclusion

## 1. Introduction

[1] Cette contribution met en exergue les différentes manières de structurer une activité philanthropique, à savoir un acte d'« *amour de l'humanité* »,<sup>1</sup> tout en tenant compte des limites posées par le Code civil (CC),<sup>2</sup> le Code des obligations (CO)<sup>3</sup> ainsi que les réglementations fiscales suisses.

[2] Le champ des possibilités est en effet limité par le droit privé, et par le droit fiscal pour les structures qui souhaitent bénéficier de l'exonération fiscale au sens des art. 56 let. g de la *Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct* (LIFD)<sup>4</sup> et 23 al. 1 let. f de la *Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes* (L HID)<sup>5,6</sup>. En sus de l'exonération de l'impôt sur le bénéfice et sur le capital au niveau de l'entité philanthropique, l'exception à l'assujettissement offre la déductibilité des dons de l'impôt sur le revenu et sur le bénéfice (art. 33a, 59 al. 1 let. c LIFD et art. 9 al. 2 let. i, 25 al. 1 let. c L HID) aux donateurs, les questions fiscales jouant dès lors un rôle important dans la structuration juridique de la philanthropie.

[3] D'autres facteurs viennent influencer la structuration juridique de la philanthropie, notamment les souhaits de celui qui vient demander conseil ou encore la maturité du philanthrope et sa relation au travail. Des structures distinctes seront préférées lorsque l'action philanthropique

---

<sup>1</sup> Définition proposée par Le Robert (<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/philanthropie>, consulté le 12 août 2024).

<sup>2</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

<sup>3</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

<sup>4</sup> Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS 642.11).

<sup>5</sup> Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (L HID ; RS 642.14).

<sup>6</sup> Si la fiscalité est parfois perçue, à tort, comme la clé de voûte de la philanthropie, il est probablement légitime de penser que plusieurs acteurs du secteur ne seraient pas en mesure d'assumer leur engagement sans l'exonération fiscale. À cet égard, cf. DAVID MEIER SCHLERKMANN, *Gesellschaftlicher Nutzen von Steuerbefreiungen*, The Philanthropist, publié le 13 juin 2024 (<https://thephilanthropist.ch/gesellschaftlicher-nutzen-von-steuerbefreiungen/>, consulté le 12 août 2024).

intervient à l'issue d'un parcours professionnel satisfaisant ou encore, parallèlement à une activité professionnelle. À l'inverse, un entremèlement de la philanthropie à l'activité professionnelle au sein d'une seule et même entité ou d'un même groupe répondra davantage aux attentes d'une nouvelle génération d'entrepreneurs mue par une majeure conscience sociale de l'urgence de plusieurs problématiques sociétales et environnementales soulevées notamment par l'Agenda 2030,<sup>7</sup> ainsi que par l'Accord de Paris relatif à la transition climatique.<sup>8</sup>

## 2. Formes juridiques : des formes typiques aux atypiques

[4] Si les associations (art. 60 ss CC) et les fondations (art. 80 ss CC) apparaissent comme les formes juridiques typiques de la philanthropie en Suisse, il n'est pas exclu que des sociétés de capitaux – telles que les sociétés anonymes (art. 620 ss CO) ou les sociétés à responsabilité limitée (art. 772 ss CO) – ou encore des sociétés coopératives (art. 828 ss CO) s'érigent en entités philanthropiques.<sup>9</sup>

### 2.1. Formes typiques : associations et fondations

[5] S'imposant comme les véhicules philanthropiques typiques, les associations et les fondations se distinguent par leur nature juridique. Tandis que l'association est une corporation – soit un groupement de personnes ayant une personnalité juridique distincte<sup>10</sup> –, la fondation constitue un établissement, c'est-à-dire un patrimoine affecté à un but particulier.<sup>11</sup> Les deux formes juridiques se différencient encore par leur finalité (but), à tout le moins selon la conception initiale du législateur.

[6] À teneur de l'art. 60 al. 1 CC, les associations doivent exclusivement poursuivre un but non économique (idéal).<sup>12</sup> Cela a toutefois été tempéré par la jurisprudence,<sup>13</sup> qui admet qu'une association peut viser la réalisation d'un but économique tant qu'elle n'exploite pas simultanément

---

<sup>7</sup> À ce propos, cf. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/90/pdf/n1529190.pdf> (consulté le 12 août 2024).

<sup>8</sup> Cf. [https://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/french\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/french_paris_agreement.pdf) (consulté le 12 août 2024).

<sup>9</sup> ANDREA OPEL, Besteuerung von Non Profit-Organisationen/Unter Einbezug der Besteuerung von Gönern und Begünstigten, Bâle 2024, p. 3 ; voir aussi PARISMA VEZ, La fondation : lacunes et droit désirable/Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, thèse, Berne 2004, n. 189, qui relève que cette distinction – sans être absolue – ressort de la systématique de la loi, c'est-à-dire que, en principe, les personnes morales du CC visent la recherche d'un but idéal alors que celles du CO sont plutôt envisagées à des fins économiques (cf. art. 59 al. 2 CO). Selon HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Die juristischen Personen, Die Stiftungen (Art. 80–89c ZGB), 2<sup>e</sup> éd., Berne 2020 (BK-RIEMER), ST N. 151, les formes atypiques ne doivent être considérées qu'exceptionnellement comme alternatives à la fondation ou à l'association, notamment lorsqu'un capital important est requis pour la réalisation du but ou que de nombreuses personnes sont intéressées ou participent à son financement.

<sup>10</sup> JULIE WYNNE/HUBERT ORSO GILLIÉRON, L'association/Guide pratique des personnes morales et des sociétés, Zurich 2023, n. 2.

<sup>11</sup> BK-RIEMER (nbp. 9), ST N. 22.

<sup>12</sup> Des exemples de buts idéaux ressortent de la loi, à savoir les buts « [...] politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation [...] ». Voir aussi l'ATF 127 III 337, c. 2c = SJ 2002 I 193, 197.

<sup>13</sup> ATF 90 II 333, c. 7 = JdT 1965 I 201, 212. Confirmé dans l'ATF 131 III 97, c. 3.1 ; ATF 126 III 239, c. 1d ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_494/2011 et 2C\_495/2011 du 6 juillet 2012, c. 3.3.1.

une entreprise sous une forme commerciale.<sup>14</sup> *A contrario*, les associations à but non économique peuvent exercer une activité économique (cf. art. 61 al. 2 ch. 1 CC), tel sera le cas des associations qui visent à satisfaire les intérêts économiques de tiers.<sup>15</sup> La doctrine admet toutefois que l'hybrideité (but mixte) se concilie difficilement avec une activité économique au sein de l'association.<sup>16</sup> [7] À l'inverse, le droit des fondations ne prévoit aucune restriction quant au but (sous réserve des art. 52 al. 3 CC et art. 19 et 20 CO),<sup>17</sup> cela étant justifié par le principe de la liberté des fondations.<sup>18</sup> Les fondations peuvent poursuivre tant un but économique<sup>19</sup> que non économique. La poursuite d'un but économique par une fondation suscite toutefois quelques controverses<sup>20</sup> relatives à la possibilité d'une fondation de poursuivre un but économique à titre principal,<sup>21</sup> voire comme but unique.<sup>22</sup> En outre, la qualification de détention de participations en capital importantes à une société comme but économique ou non économique demeure ambiguë.<sup>23</sup> Cette dernière perspective concerne les fondations actionnaires – ou fondations *holding* – qui prête le flanc à la critique en particulier sous le prisme du droit fiscal. La jurisprudence,<sup>24</sup> soutenue par la doctrine,<sup>25</sup> relève toutefois, à juste titre, que les fondations sont rarement envisagées à des fins économiques, puisqu'elles présentent certaines contraintes intrinsèques à leur structure

<sup>14</sup> Pour une définition de l'exploitation d'une entreprise sous une forme commerciale, il convient de se référer à la notion d'entreprise prévue à l'art. 2 let. a de l'Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC ; RS 221.411).

<sup>15</sup> ATF 90 II 333, c. 3a = JdT 1965 I 201, 205.

<sup>16</sup> WYNNE/GILLIÉRON (nbp. 10), n. 18 ; HENRY PETER/VINCENT PFAMMATTER, Social Enterprises and Benefit Corporations in Switzerland, in : Henry Peter/Carlos Vargas Vasserot/Jaime Alcalde Silva (édit.), The International Handbook of Social Enterprise Law – Benefit Corporation and Other Purpose-Driven Companies, Cham 2023, p. 831–860, p. 849 s.

<sup>17</sup> ATF 127 III 337, c. 2c = SJ 2002 I 193, 197 ; BK-RIEMER (nbp. 9), Art. 80 N. 63. Sont toutefois limités les buts des fondations de famille au sens des art. 87 et 335 CC.

<sup>18</sup> ATF 127 III 337, c. 2c = SJ 2002 I 193, 197. Voir aussi BK-RIEMER (nbp. 9), Art. 80 N. 63 ; VINCENT PFAMMATTER/HENRY PETER, Sociétés hybrides, entreprises sociales, B-Corp : Le droit suisse est-il approprié ?, RSDA 2021 p. 289–301, p. 295.

<sup>19</sup> ATF 127 III 337, c. 2c = SJ 2002 I 193, 197.

<sup>20</sup> Sur le sujet, cf. GIULIA NERI-CASTRACANE/DELPHINE BOTTGE, The double holding foundation model, RSDA 2024 p. 283–298, p. 286.

<sup>21</sup> Si dans l'ATF 127 III 337, le Tribunal fédéral a admis qu'une fondation pouvait poursuivre un but économique, ce dernier était toutefois accessoire dans le cas précis. La doctrine majoritaire considère, à raison, que la poursuite d'un but économique à titre principal (et non uniquement accessoire) doit être tolérée, cf. Loïc PFISTER, La fondation, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2024, n. 98 ; MARTIN WÜRMLI, Das gemeinnützige Unternehmen, AJP 2010, p. 901–906, p. 901 s. ; HENRY PETER/BENOÎT MERKT, Utilité publique et activité économique/Possibilités et limites de l'exonération fiscale, Expert Focus 3/2019, p. 209–214, p. 210 ; PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 847. *Contra* : JEAN NICOLAS DRUEY, Die Unternehmensstiftung als Instrument der Unternehmernachfolge, Rechtliches und Ausserrechtliches zu einem heutigen Trend, WuR 38, 1985, p. 98 ; HAROLD GRÜNINGER, Zivilrechtliche Analyse der Unternehmensstiftung, Kaum mehr umstrittene Zulässigkeit, ST 65 1991, p. 1–6, p. 3 ; DOMINIQUE JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, p. 185–340, p. 272 s.

<sup>22</sup> DRUEY (nbp. 21), p. 98 ; GRÜNINGER (nbp. 21), p. 3 ; JAKOB (nbp. 21), p. 272 s.

<sup>23</sup> Selon BK-RIEMER (nbp. 9), ST N. 532, le maintien et la promotion d'une entreprise n'est ni un but économique, ni un but idéal, mais un détail de l'affection de la fortune, n'impliquant un but économique que si les bénéfices sont prévus pour être réinjectés dans l'entreprise, ou un but idéal si les fonds sont attribués à la poursuite du but idéal. Pour NERI-CASTRACANE/BOTTGE (nbp. 20), p. 286, l'ATF 147 II 287, c. 8.3, soutient cette opinion en déclarant que la possession de participations significatives à une société n'est compatible avec l'exonération fiscale au sens de l'art. 56 let. g LIFD que si elle est désintéressée et non une fin en soi, c'est-à-dire si l'intérêt à préserver la société détenue peut être considéré comme subordonné au but d'utilité publique poursuivi par la fondation. D'un avis similaire : CEDRIC PANCHAUD, La transformation d'une association en société anonyme, GesKr 2022 p. 214–234, p. 221.

<sup>24</sup> ATF 127 III 337, c. 2a = SJ 2002 I 193, 196.

<sup>25</sup> PFAMMATTER/PETER (nbp. 18), p. 296 ; VEZ (nbp. 9), n. 196 ss, qui mentionne encore l'absence de règles concernant la protection des créanciers.

(surveillance des fondations par une autorité étatique ; rigidité de la structure au sens des art. 86 ss CC).

## 2.2. Formes atypiques : sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives

[8] De par leur nature, les sociétés anonymes (SA) et les sociétés à responsabilité limitée (Sàrl) ont été pensées par le législateur pour servir des buts économiques.<sup>26</sup> Une société poursuit, en principe, la réalisation de bénéfices au profit de ses actionnaires (ou membres).<sup>27</sup> L'ancien art. 620 al. 3 aCO stipulait expressément qu'une SA pouvait être constituée pour servir un but de nature non économique. À l'occasion de la dernière révision du droit de la SA en 2023, la teneur de ladite disposition fut modifiée. Le message du Conseil fédéral précise qu'il n'y a pas de modification au fond, mais qu'elle vise l'harmonisation avec les autres formes juridiques qui se réservent d'une telle mention.<sup>28</sup> À tout le moins, la SA peut poursuivre un but non économique et servir de structure philanthropique. Il en va de même pour la Sàrl,<sup>29</sup> la limitation de cette structure à des fins économiques (art. 772 al. 3 aCO) ayant été supprimée en 2008 à l'occasion de la réforme du droit de la Sàrl.<sup>30</sup>

[9] S'agissant de la société coopérative (SCoop), celle-ci se comprend initialement comme une entité composée d'un nombre illimité de personnes physiques ou morales (sept membres au moins<sup>31</sup>) qui se regroupent dans le but de promouvoir leurs propres intérêts économiques ou non économiques. Aux termes de l'art. 828 al. 1 i.f CO, une société coopérative peut poursuivre un but non économique en faveur de tiers.<sup>32</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, le législateur a définitivement mis fin à la controverse doctrinale relative à la possibilité pour une coopérative de poursuivre principalement voire exclusivement un but non économique en complétant ladite disposition légale (« *but d'utilité publique* » désormais prévu dans le texte).<sup>33</sup> L'exercice d'une activité économique peut s'envisager dans la poursuite du but. Si elle est pour l'heure peu convoitée par le secteur philanthropique, la société coopérative semble être un véhicule juridique approprié, puisqu'elle permet de concilier plusieurs buts – dont le but d'utilité publique – et n'est pas centrée sur la recherche de profit.<sup>34</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 620 al. 3 *a contrario* aCO et art. 772 CO.

<sup>27</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht/Mit neuem Aktienrecht, Berne 2023, §16, N 44; PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 842 s.

<sup>28</sup> FF 2017 353, 432.

<sup>29</sup> FF 2017 353, 432.

<sup>30</sup> FF 2002 2949, 2970.

<sup>31</sup> Art. 831 al. 1 CO.

<sup>32</sup> Selon DAENIKER/BAUDENBACHER, in : Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR (Art. 1–6 SchLT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH), 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (BSK OR II-AUTEUR), Art. 828 N. 34, la coopérative typique poursuit toutefois des buts économiques non lucratifs. Voir aussi : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (nbp. 27), §19, N. 19 ss.

<sup>33</sup> FF 2015 3255, 3291. Le message relève que la possibilité pour une coopérative de prévoir statutairement un but d'utilité publique ressortait déjà explicitement de l'ancien art. 86 let. b ch. 2 ORC.

<sup>34</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (nbp. 27), §19, N. 24 s.; VINCENT PFAMMATTER, Hybrid entities in Switzerland/Can swiss entities pursue for-and non-profit purposes at the same time?, Expert Focus 3/2019, p. 175–179, p. 178.

[10] Les autres formes juridiques de droit suisse dotées de la personnalité juridique, à savoir celle de la *Loi sur les placements collectifs de capitaux* (LPCC)<sup>35</sup> ne peuvent être employées à des fins philanthropiques puisqu'elles ont vocation à poursuivre uniquement un but économique.<sup>36</sup>

### 2.3. Tableau récapitulatif

[11] Il existe ainsi plusieurs formes juridiques pouvant être employées à des fins philanthropiques. Certaines ont été pensées par le législateur pour poursuivre plutôt un but non économique, alors que d'autres sont plutôt destinées à l'exercice d'une activité commerciale, généralement au service d'un but économique. Au demeurant, le droit suisse pose des exigences plus strictes pour les sociétés (fonds propres, obligations fiduciaires de l'organe suprême, exigences statutaires, comptabilité) qui justifie que les associations et les fondations soient généralement préférées à des fins philanthropiques.<sup>37</sup> Le tableau récapitulatif ci-après propose une synthèse des formes typiques et atypiques, mettant en exergue l'admissibilité d'un but non économique et d'un but économique pour chaque structure.<sup>38</sup>

	Formes	But non économique	But économique
Typiques	Associations	Oui (Art. 620 al. 3 aCO ; FF 2017 353, 432)	Oui depuis 1964 (ATF 90 II 333 = JdT 1965 I 201 – sans activité économique)
	Fondations	Oui	Oui (ATF 127 III 337 = SJ 2002 I 193 – débat doctrinal <sup>39</sup> )
Atypiques	SA	Oui (Art. 620 al. 3 aCO ; FF 2017 353, 432)	Oui (Art. 620 al. 3 aCO <i>a contrario</i> )
	Sàrl	Oui (FF 2017 353, 432)	Oui
	SCoop	Oui, certainement depuis janvier 2021 (Art. 828 al. 1 <i>i.f.</i> CO)	Oui, avec dimension d'entraide (Art. 828 al. 1 CO)

### 3. Structures contractuelles : des moyens classiques aux innovants

[12] La volonté de s'adonner à une activité philanthropique ne passe pas nécessairement par la création d'une entité juridique *ad hoc*. D'autres moyens peuvent s'envisager tels que joindre une fondation abritante (sous-fonds) ou un collectif au sein d'une fondation existante, ainsi que réaliser un investissement à impact. La structuration juridique de la philanthropie passe alors par la rédaction d'un ou plusieurs contrats.

<sup>35</sup> Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC; RS 951.31).

<sup>36</sup> Sur le but exclusif de gains en capitaux de la SICAF, SICAV et de la société en commandite de placements collectifs, voir FF 2005 5993, 6033, 6047 et 6068.

<sup>37</sup> PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 844.

<sup>38</sup> Le constat qui ressort dudit tableau remet certainement en question la légitimité à opérer une distinction entre formes typiques et atypiques qui relève en définitive d'une perception sociale. Nous verrons que cette délimitation revêt son importance sous l'angle du droit fiscal, cf. *Infra Section 4*.

<sup>39</sup> Cf. *SupraSection 2.1*.

### 3.1. Joindre une fondation abritante (sous-fonds) ou un collectif

[13] En vue de s'épargner le fardeau administratif et la charge financière qu'impliqueraient la création d'une (nouvelle) entité philanthropique, il existe la possibilité de passer par une fondation abritante avec des sous-fonds ou joindre un collectif au sein d'une fondation existante.

[14] Une fondation abritante se comprend comme « [une] fondation qui constitue et gère sous un même toit différents fonds constitués contractuellement et indépendants les uns des autres [...] »<sup>40</sup>. La constitution d'un fonds sous l'égide d'une fondation abritante implique un rapport contractuel qui prend la forme d'une donation grevée de charges au sens de l'art. 245 al. 1 CO ou d'un mandat au sens des art. 394 ss CO.<sup>41</sup> Ce modèle présente l'opportunité de rattacher un patrimoine défini à une entité qui l'utilisera conformément au contrat, permettant en outre d'agir – en faveur d'une thématique particulière – avec une certaine indépendance opérationnelle vis-à-vis des tiers.<sup>42</sup>

[15] Plus récemment, le collectif – en tant que modèle innovant – implique l'adhésion à un réseau de personnes et d'organisations souhaitant œuvrer ensemble en faveur d'une cause philanthropique. Cette structure repose sur la collaboration des parties au sein d'une fondation existante mettant en commun des dons individuels et partageant leurs expertises en vue de renforcer l'impact philanthropique. Au sein de cette structure, la fondation bénéficiaire accorde des priviléges au donateur, tels que la possibilité de voyage sur place, des formations en philanthropie et d'autres avantages.<sup>43</sup>

### 3.2. Réaliser un investissement à impact (impact investing et venture philanthropy)

[16] Les investissements à impact ont émergé dans le secteur philanthropique comme moyen stratégique de tirer parti de ses actifs en générant un impact social et environnemental positif, les fondations étant pionnières en la matière.<sup>44</sup> L'on distingue généralement les approches *d'impact investing* et de *venture philanthropy*. La première difficulté réside dans l'appréhension de ces concepts, en l'absence d'une définition unanimement partagée. Selon une définition bien connue proposée par le *Global Impact Investing Network* (GIIN), l'*impact investing* comprend « [les] investissements réalisés avec l'intention de générer un impact social et environnemental positif et mesurable, tout en obtenant un retour financier. [...] »<sup>45</sup>. Cette approche peut s'envisager aussi bien dans les marchés émergents que dans les marchés développés, et vise – selon les objectifs stratégiques des investisseurs – un large éventail de rendements allant de taux inférieurs ou égaux au taux

---

<sup>40</sup> PFISTER (nbp. 21), n. 36.

<sup>41</sup> PFISTER (nbp. 21), n. 25. Une constitution par disposition pour cause de mort grevée de charges (art. 482 al. 1 CC) pourrait également s'envisager.

<sup>42</sup> THOMAS SPRECHER/PHILIPP EGGER/GEORG VON SCHNURBEIN, Swiss Foundation Code/Principes et recommandations pour la constitution des fondations donatrices, Berne 2021, p. 179.

<sup>43</sup> Pour un exemple, voir UBS Collectives qui propose un choix de collectifs (<https://www.ubs.com/global/en/sustainability-impact/social-impact-and-philanthropy/product-and-services/collective-philanthropy.html>, consulté le 12 août 2024).

<sup>44</sup> MAXIMILIAN MARTIN, Finance for society : The rise of social impact investing, in : Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (édit.), Vers les sommets du droit : « Liber amicorum » pour Henry Peter, Genève 2019, p. 391–409, p. 396.

<sup>45</sup> Traduction libre de GIIN, Impact investing/A guide to this dynamic market, publié le 1<sup>er</sup> janvier 2023 (<https://thegiin.org/publication/post/about-impact-investing/>, consulté le 12 août 2024), p. 3.

du marché.<sup>46</sup> Quant à la *venture philanthropy*, l'approche s'inspire des principes du capital-risque (*venture capital*) et implique que – à travers une variété d'instruments financiers (*debt, equity* etc.) ou non financiers (soutien organisationnel ou stratégique) – l'entité philanthropique investisse dans des projets sociétaux qu'un investisseur ordinaire ne financerait pas en raison du profil risque/rendement peu attrayant, tout en assumant les pertes éventuelles.<sup>47</sup>

[17] La difficulté à appréhender ces notions<sup>48</sup> implique, de surcroît, que leur qualification – en tant que don, contribution à fonds perdu ou investissement notamment – reste à clarifier. OPEL<sup>49</sup> propose, à cet égard, de délimiter les deux approches à travers la dichotomie entre « *gestion de patrimoine* » et « *utilisation du patrimoine* », l'*impact investing* étant attribué à la première contrairement à la *venture philanthropy* qui relèverait de la seconde. Cette distinction présente une importance majeure puisqu'elle implique des objectifs différenciés et soulève en définitive des enjeux distincts. Elle reste peu aisément praticable si le résultat est déterminant car le rendement d'un investissement est généralement influencé par des facteurs exogènes incontrôlables. Devrait ainsi être qualifié de *venture philanthropy*, le soutien par *UBS Optimus Foundation* – fondation d'entreprise – dont le but vise le bien-être des enfants dans le monde à une entreprise nigériane mettant en place des cliniques d'assistance aux mères au Kenya à bas prix. En effet, la fondation a contracté un prêt ordinaire à 7–8% d'intérêts (contre 25% selon le taux du marché) avec une date de maturité à 15 ans, ainsi qu'un prêt convertible.

[18] Les investissements à impact soulèvent deux problématiques, l'une de droit civil et l'autre de droit fiscal qui s'entremêlent. Sous l'angle du droit civil, il est légitime de se demander si une telle opération respecte les principes de gestion de patrimoine applicables aux fondations, à savoir les principes de liquidité, de rendement, de sécurité, de répartition du risque et de maintien de la substance du patrimoine.<sup>50</sup> Lesdits principes pouvant parfois entrer en conflit, la jurisprudence a relevé qu'ils doivent être appliqués en tenant compte de toutes les circonstances de manière à assurer le respect durable du but de la fondation et à la lumière du principe de proportionnalité.<sup>51</sup> En outre, la jurisprudence reconnaît les prescriptions en matière de placement découlant des art. 49 ss de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

---

<sup>46</sup> GIIN (nbp. 45), p. 3.

<sup>47</sup> ABHISHRI AGGARWAL/KATE LOGAN/NAMRITA KAPUR, Bridging the Gap : How Philanthropy Can Unlock Impact Investing, Yale Center for Business and Environment, février 2020 ([https://cbe.yale.edu/sites/default/files/2020-02/CBEY\\_REPORT\\_BRIDGING%20THE%20GAP\\_Feb%202020.pdf](https://cbe.yale.edu/sites/default/files/2020-02/CBEY_REPORT_BRIDGING%20THE%20GAP_Feb%202020.pdf), consulté le 12 août 2024), p. 4 ; HAROLD GRÜNINGER, Innovative Vermögensbewirtschaftung im Stiftungs- und Gemeinnützigenrecht : Venture philanthropy, social business, mission based investments zwischen Vision und Haftung, in : Dominique Jakob (édit.), Stiften und Gestalten : Anforderungen an ein zeitgemäßes rechtliches Umfeld, Bâle 2013, p. 37–73, p. 51 ss.

<sup>48</sup> Ces notions sont parfois confondues. Pourtant, si la *venture philanthropy* s'intègre dans une perspective d'investissement à impact à l'image de l'*impact investing*, elle s'en écarte principalement par l'expectative de rendement financier. Voir AGGARWAL/LOGAN/KAPUR (nbp. 47), p. 5, qui proposent un tableau comparatif mettant en exergue les caractéristiques principales distinguant les deux concepts.

<sup>49</sup> ANDREA OPEL, Rechtsgutachten zu den steuerlichen Rahmenbedingungen für ein wirkungsvolles Stiftungswesen im Kanton Zürich, Université de Lucerne, publié en septembre 2023 ([https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/footer/news/2024/02/Gutachten\\_Opel\\_Stiftungspraxis\\_2024.pdf](https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/footer/news/2024/02/Gutachten_Opel_Stiftungspraxis_2024.pdf), consulté le 12 août 2024), p. 50 ss. Cette distinction est également reprise par CLAUDIO F. MÜLLER-RENSMANN, Die Stiftung als Start-up-Investor/Modelle und Zulässigkeit von Investitionen aus Sicht der gemeinnützigen Stiftung unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Zurich 2024, voir notamment p. 63 ss et 120 ss.

<sup>50</sup> ATF 108 II 352, c. 5a = JdT 1984 I 73, 79. Pour un développement desdits principes, cf. VEZ (nbp. 9), n. 622 ss.

<sup>51</sup> ATF 124 III 97, c. 2a = JdT 1998 I 259, 260 ; ATF 108 II 352, c. 5 = JdT 1984 I 73, 79 ; HAROLD GRÜNINGER, in : Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2022 (BSK ZGB I-AUTEUR), Art. 84 N. 14.

(OPP 2)<sup>52</sup> comme source d'orientation pour les fondations ordinaires.<sup>53</sup> La marge de manœuvre dont dispose le conseil de fondation pour s'écartier du principe de rendement – en l'absence de spécifications dans l'acte de fondation et les statuts – est également façonnée par la controverse doctrinale relative à la préservation du capital. Certains auteurs<sup>54</sup> tendent à considérer que seuls les bénéfices accumulés (intérêts) peuvent être utilisés pour des modèles de financement entrepreneurial, le capital de la fondation devant – en principe<sup>55</sup> – rester intouchable. À l'inverse, d'autres<sup>56</sup> soutiennent la primauté du but d'utilité publique, autorisant l'utilisation du capital à des fins philanthropiques à la discrétion du conseil de fondation dans le respect des statuts. Dans cette perspective, les investissements à faible rendement – pour lesquels les rendements inférieurs ont été anticipés – peuvent être assimilés à une contribution à fonds perdu (utilisation du patrimoine). Le débat se poursuit également sous l'angle du droit fiscal impliquant de se demander si une telle opération est compatible avec l'exonération fiscale pour cause d'utilité publique sous l'angle de l'exercice d'une activité économique.<sup>57</sup> Une appréciation au cas par cas semble, pour l'heure, être l'approche privilégiée par les autorités.

#### **4. Considérations fiscales et structuration philanthropique : aspects choisis**

[19] La structuration de la philanthropie implique d'observer certaines considérations fiscales pour les entités qui souhaitent bénéficier de l'exonération fiscale pour but d'utilité publique (ou de service public). L'appréhension de certaines notions, pourtant fondamentales, diverge entre droit privé et droit fiscal, ce dont il faut tenir compte.

##### **4.1. Notion d'utilité publique : droit fiscal versus droit privé**

[20] La notion d'utilité publique présente l'opportunité de pallier l'absence de définition juridique de la philanthropie.<sup>58</sup> L'utilité publique est une notion centrale en droit fiscal, puisqu'elle concrétise le champ d'application du traitement d'exonération fiscale aux entités philanthropiques.

---

<sup>52</sup> Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2 ; RS 831.441.1).

<sup>53</sup> ATF 124 III 97, c. 2b = JdT 1998 I 259, 261. Une application par analogie desdites règles aux fondations ordinaires serait critiquable, puisque ces dernières ne connaissent pas une obligation fiduciaire semblable à celle des caisses de pension suisses, supportant la responsabilité de garantir le capital à long terme au profit des assurés. D'un avis semblable : BSK ZGB I-GRÜNINGER (nbp. 51), Art. 84 N. 14a ; BENOÎT MERKT, Droit des fondations d'utilité publique, Berne 2021, n. 466 ; SPRECHER/EGGER/VON SCHNURBEIN (nbp. 42), p. 154 ; BK-RIEMER (nbp. 9), Art. 84 N. 74 ; PFISTER (nbp. 21), n. 459.

<sup>54</sup> BK-RIEMER (nbp. 9), Art. 80 N. 36 ss ; JAKOB (nbp. 21), p. 285 ; GRÜNINGER (nbp. 47), p. 45.

<sup>55</sup> JAKOB (nbp. 21), p. 285, relève notamment que le capital peut être amputé lorsque la poursuite du but d'utilité publique à court ou à long terme semble impossible autrement. D'un avis semblable : GRÜNINGER (nbp. 47), p. 45, qui préconise toutefois que le conseil de fondation adresse une demande à l'autorité de surveillance dans un tel cas.

<sup>56</sup> BSK ZGB I-GRÜNINGER (nbp. 51), Art. 80 N. 3a ; THOMAS SPRECHER, *Stiftungsrecht in a nutshell*, Zurich 2023, p. 120 s. ; PFISTER (nbp. 21), n. 472d. Plus nuancé : MÜLLER-RENSMANN (nbp. 49), p. 85, qui admet cette vision uniquement pour les fondations avec pas ou peu d'activités opérationnelles (soit celles qui ont pour activité le soutien de projets en leur attribuant des fonds).

<sup>57</sup> Cf. *Infra* Section 4.3.

<sup>58</sup> GIEDRE LIDEIKYTE HUBER, Activité à but lucratif d'une entité d'utilité publique exonérée d'impôt, Expert Focus 3/2019 p. 215–217, p. 215.

piques prévu aux art. 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID. À teneur de la loi, les personnes morales poursuivant un but d'utilité publique<sup>59</sup> peuvent prétendre à l'exonération de l'impôt sur le bénéfice et sur le capital pour autant qu'elles affectent exclusivement et irrévocablement<sup>60</sup> leurs fonds à leur but. La lettre de la loi relève encore que « *[d]es buts économiques ne peuvent être considérés en principe comme étant d'intérêt public.* ».

[21] Le caractère succinct de la loi a conduit l'administration fédérale des contributions (AFC) à développer les conditions de l'octroi de l'exonération fiscale dans sa Circulaire n°12 du 8 juillet 1994 (Circulaire n°12) et à concrétiser une certaine notion d'utilité publique. Si elle est critiquée (à raison) par la doctrine<sup>61</sup> et n'est juridiquement pas contraignante, la Circulaire n°12 revêt toutefois une portée pratique considérable dès lors qu'elle est largement appliquée par les autorités cantonales fiscales.<sup>62</sup> La notion d'utilité publique comprend deux composantes. La première implique la poursuite d'un but d'intérêt général en faveur d'un cercle ouvert des destinataires,<sup>63</sup> voire illimité.<sup>64</sup> Sans proposer de définition explicite, la Circulaire n°12 relève que « *[l]es activités à caractère caritatif, humanitaire, sanitaire, écologique, éducatif, scientifique et culturel peuvent être considérées comme étant d'intérêt général.* »<sup>65</sup>, l'intérêt général d'une activité devant être jugé selon les conceptions générales de la population.<sup>66</sup> La seconde composante dite subjective réside dans le caractère désintéressé de l'activité de la personne morale.<sup>67</sup> Selon la pratique des autorités fiscales, cette exigence implique que deux critères cumulatifs soient réalisés : l'absence d'activité économique jugée non-accessoire<sup>68</sup> et la non-rémunération des membres de l'organe supérieur.<sup>69</sup> Au-delà de ces considérations générales, demeure une insécurité juridique sur la dé-

<sup>59</sup> À l'aune du droit fiscal, le but d'utilité publique doit être distingué du but idéal au sens de l'art. 66a LIFD. Selon FF 2014 5219, 5228, l'art. 60 al. 1 CC peut servir de piste pour définir la notion de but idéal en droit fiscal.

<sup>60</sup> La condition de l'affectation irrévocabile des fonds est généralement remplie par l'intégration d'une clause dite de non-retour dans les statuts de la personne morale.

<sup>61</sup> OPEL (nbp. 9), p. 1 ; PETER/MERKT (nbp. 21), p. 214 ; GIULIA NERI-CASTRACANE, ATF 147 II 287 : une confusion de notions et de rôles au préjudice de l'intérêt général, in : Frédéric Bernard/Maya Hertig Randall/Christian Bovet/Alexandre Flückiger, *Le droit au service de l'humanité/Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zurich 2023, p. 347–359, p. 352 ; DOMINIQUE JAKOB, *Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda*, in : Jusletter 20 avril 2020 ([https://jusletter.weblaw.ch/fr/jusissues/2020/1020/reformen-im-stiftung\\_6b21a4ba23.html](https://jusletter.weblaw.ch/fr/jusissues/2020/1020/reformen-im-stiftung_6b21a4ba23.html), consulté le 23 septembre 2024) ; MÜLLER-RENSMANN (nbp. 49), p. 186.

<sup>62</sup> De par sa nature, les tribunaux ne sont pas liés par la Circulaire n°12. Le Tribunal fédéral considère néanmoins nécessaire de respecter les ordonnances administratives tant elles reflètent une mise en œuvre convaincante du droit. Pour un exemple, cf. ATF 142 II 182, c. 2.3.3.

<sup>63</sup> Circulaire n°12, sec. II.3.a. Sur le sujet, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_234/2024 du 12 août 2024, c. 4.2 et 5.

<sup>64</sup> NICOLAS URECH, in : *Commentaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (CR LIFD-AUTEUR), Art. 56 LIFD N. 64 ss ; WYNNE/GILLIÉRON (nbp. 10), n. 948 ; PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 850.

<sup>65</sup> Circulaire n°12, sec. II.3.a.

<sup>66</sup> Circulaire n°12, sec. III.3.a. Pour un développement de la notion, cf. RAPHAËL GANI, *Social entrepreneurship/Is it social or entrepreneurship? Tax treatment of social entrepreneurship in Switzerland*, in : Henry Peter/Giedre Lideikyte Huber, *The Routledge Handbook of Taxation and Philanthropy*, Université de Genève 2021, p. 536–546, p. 539 s.

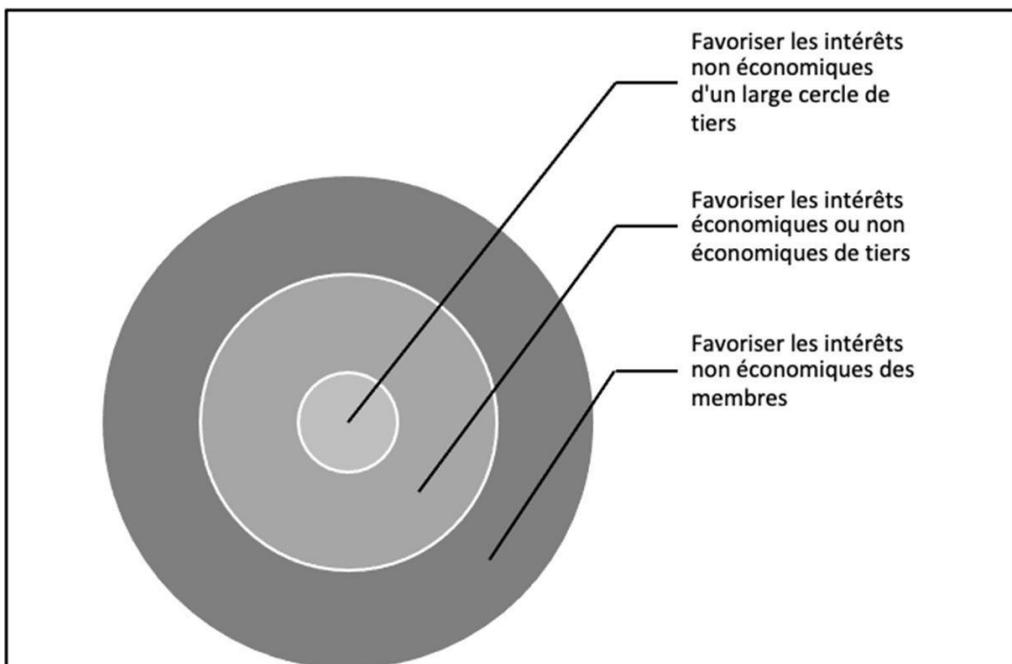
<sup>67</sup> Circulaire n°12, sec. II.3.b. Pour un développement de la notion, cf. GANI (nbp. 66), p. 540 s.

<sup>68</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_251/2012 et 2C\_252/2012 du 17 août 2012, c. 3.1.1. À ce propos, cf. *Infra* Section 4.2 et 4.3.

<sup>69</sup> 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. Ayant fait l'objet de vastes critiques, certaines autorités fiscales ont revu cette exigence, dont l'autorité zurichoise qui l'a purement et simplement abandonnée, cf. Autorité fiscale zurichoise, *Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit (Praxishinweis)*, 1<sup>er</sup> février 2024 (<https://www.zh.ch/de/steuern-finanzen/steuern/treuhander/steuerbuch/steuerbuch-definition/zstb-61-1.html>, consulté le 12 août 2024).

finition concrète de la notion d'utilité publique, puisqu'il appartient à l'autorité fiscale du canton du siège de la personne morale concernée de la concrétiser.<sup>70</sup>

[22] Même si la notion d'utilité publique est attribuée au droit fiscal,<sup>71</sup> il serait erroné d'affirmer que la notion est étrangère au droit privé. Elle ressort explicitement – depuis 2021 – de l'art. 828 al. 1 *i.f. CO*.<sup>72</sup> Si le message du Conseil fédéral est silencieux à cet égard,<sup>73</sup> il faut probablement comprendre que la notion d'utilité publique au sens du droit privé peut diverger de celle prévue en droit fiscal.<sup>74</sup> Le but d'utilité publique sous l'angle du droit fiscal est un sous-ensemble de la notion plus large de but non économique du droit privé.<sup>75</sup> Cette dernière comprend tant les buts visant à (i) favoriser les intérêts non économiques de leurs membres (but idéal), que ceux visant à (ii) favoriser les intérêts économiques ou non économiques de tiers (but d'utilité générale avec cercle limité ou illimité). Le schéma ci-après illustre ce propos. La notion d'utilité publique au sens du droit fiscal – impliquant nécessairement un cercle large des bénéficiaires – se rapproche du dernier sous-ensemble de la notion de droit privé. Au vu de la nature corporatiste de la coopérative, il est d'ailleurs plus vraisemblable que le législateur visait à l'art. 828 al. 1 *i.f. CO* plutôt le but non économique que le but d'utilité publique au sens du droit fiscal.



<sup>70</sup> Du même avis : OPEL (nbp. 9), p. 2.

<sup>71</sup> BK-RIEMER (nbp. 9), ST N. 480; PFAMMATTER/PETER (nbp. 18), p. 291.

<sup>72</sup> Les versions allemandes et italiennes du texte légal formulent également « *gemeinnützig* » et « *utilità pubblica* ».

<sup>73</sup> Voir FF 2015 3255, 3291.

<sup>74</sup> D'un avis analogue : OPEL (nbp. 9), p. 49. Le législateur a purement et simplement repris l'ancien art. 86 let. b ch. 2 ORC qui admettait déjà explicitement l'utilité publique comme but statutaire de la coopérative.

<sup>75</sup> Selon un raisonnement semblable, cf. BK-RIEMER (nbp. 9), ST N. 480.

#### 4.2. Distinction entre « but » et « activité »

[23] L'on déplore le constat selon lequel les autorités administratives<sup>76</sup> et judiciaires<sup>77</sup> opèrent (occasionnellement) une confusion des notions entre « *but* » et « *activité* ». Le but représente la finalité de l'entité, tandis que l'activité désigne le moyen pour y parvenir. Comme relevé par MERKT<sup>78</sup>, l'exercice d'une activité économique n'empêche pas la poursuite d'un but idéal, tout comme un but lucratif n'implique pas nécessairement une activité économique. S'il est crucial d'opérer la distinction, il est légitime de se demander dans quelle mesure l'activité (économique) peut influencer et transformer le but ; par exemple, en double but (dit but mixte) à la fois idéal et économique.

[24] Le droit fiscal propose une délimitation plus ténue entre « *but* » et « *activité* » comparée au droit privé, s'expliquant par une approche différenciée des concepts. En droit privé, il convient de s'intéresser aux intérêts servis pour définir la présence d'un but économique ou non économique. En ce sens, la distribution systématique du bénéfice en faveur de tiers dénote un but non économique. L'activité (économique) ne porte pas préjudice à la qualification du but. Le raisonnement est tout autre en droit fiscal qui place la source des revenus au centre de la réflexion.<sup>79</sup> Si l'activité économique devient une source de revenus trop importante,<sup>80</sup> elle va créer un (nouveau) but économique et risque de mettre en péril l'exonération fiscale. Cette approche se justifie – selon le Tribunal fédéral<sup>81</sup> – afin de préserver le principe de neutralité concurrentielle de l'impôt découlant de la liberté économique au sens de l'art. 27 de la Constitution fédérale (Cst.)<sup>82</sup>. La doctrine<sup>83</sup> se montre toutefois critique à l'égard de cette justification, remettant en question l'existence d'un réel rapport de concurrence entre une entité poursuivant un but d'utilité publique et une entité à but lucratif. À tout le moins, l'exercice d'une activité économique – qui reste accessoire – ne remet pas en cause le but d'utilité publique, l'absence de bénéfice constituant un indice de cette accessoriété.<sup>84</sup>

---

<sup>76</sup> Cette confusion ressort notamment de la Circulaire n°12, sec.II.3.b, comme relevé par PETER/MERKT (npb. 21), p. 212.

<sup>77</sup> Not. ATF 147 II 287, c. 6.1 et 6.3. À cet égard, cf. NERI-CASTRACANE (npb. 61), p. 352 ss.

<sup>78</sup> MERKT (npb. 53), N 36. Voir aussi PETER/MERKT (npb. 21), p. 209.

<sup>79</sup> Not. Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1254/2019 du 13 août 2019, c. 7b.

<sup>80</sup> Pour un exemple, cf. Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1254/2019 du 13 août 2019, où l'autorité fiscale genevoise a refusé de renouveler l'exonération fiscale d'une fondation en 2017 au motif qu'elle exploitait une activité commerciale trop importante (revenus tirés de ventes immobilières, correspondant à 90% de ses revenus durant les années 2012 à 2015).

<sup>81</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_251/2012 et 2C\_252/2012 du 17 août 2012, c. 3.2.1. Dans cet arrêt, c. 3.2.1, le Tribunal fédéral a, par d'ailleurs, fortement relativisé la portée de ce principe en affirmant que « *Le but d'utilité publique peut toutefois rendre difficile ou impossible un comportement conforme au marché, avec pour conséquence que l'organisation d'utilité publique n'agit pas sur un pied d'égalité avec des concurrents comparables.* » (Traduction libre). Pour finalement lui accorder une importance (injustifiée) dans une décision relativement récente, cf. ATF 147 II 287, c. 6.1 et 7.2.

<sup>82</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

<sup>83</sup> PETER/PFAMMATTER (npb. 16), p. 852 s. ; GANI (npb. 66), p. 544 s. ; PETER/MERKT (npb. 21), p. 213 ; WÜRMLI (npb. 21), p. 904.

<sup>84</sup> Pour un exemple relativement récent, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_328/2023 du 18 mars 2024, c. 5.1.2, où il est reproché à une association d'avoir accepté la réalisation de bénéfices et de n'avoir proposé aucune réduction tarifaire aux utilisateurs de la garderie malgré les excédents réalisés, ni d'avoir redistribué ces excédents. Voir aussi Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_251/2012 et 2C\_252/2012 du 17 août 2012, c. 3.1.1. Il ressort de l'art. 66a LIFD que « [s]ont exonérés de l'impôt les bénéfices des personnes morales qui poursuivent des buts idéaux pour autant qu'ils n'excèdent pas 20 000 francs et qu'ils soient affectés exclusivement et irrévocablement à ces buts. ».

[25] Force est de constater que la qualification d'un but n'est pas toujours évidente. À titre d'exemple, l'association « *Avocat.e.s pour le climat* » s'était vue refusée l'octroi de l'exonération pour cause d'utilité publique en juin 2023,<sup>85</sup> l'autorité fiscale ayant retenue que le but de l'association visait la défense des opinions politiques des membres ( cercle limité). Une année après – suite à une nouvelle demande – l'autorité conclut que le but de l'association poursuit la défense d'une cause importante pour la population et justifie désormais l'exonération fiscale ( cercle illimité). Il faut dire qu'un mois avant cela, ladite association l'emportait devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans l'affaire *Verein Klimaseniorinen Schweiz et autres c. Suisse*<sup>86</sup> et – précédemment – une plainte déposée contre la FIFA poussait la Commission suisse pour la Loyauté à adopter une directive en matière de greenwashing.<sup>87</sup>

	But altruiste	But non économique	But (économique) lucratif
Droit civil et commercial	Servir intérêts économiques ou non économiques de tiers	Distribution du bénéfice à des tiers	Distribution du bénéfice aux associés  Distribution du bénéfice en partie à tiers et en partie aux membres/associés (but mixte)
		Intérêts servis <b>FOCUS: DISTRIBUTION DU BÉNÉFICE</b>	
Droit fiscal	Servir intérêts non économiques de tiers + cercle ouvert de bénéficiaires	Activité économique accessoire sans bénéfices (TF, 2C_251/2012 du 17.08.2012, c. 3.1.1)	Activité économique accessoire et bénéfice annuel > CHF 20'000.- → Exonération fiscale partielle? voire totale si but d'utilité publique ?
		Activité économique accessoire et bénéfice annuel < CHF 20'000.- (Art. 66a LIFD)	Activité économique « <i>non-accessoire</i> »
Neutralité concurrentielle <b>FOCUS: SOURCE DES REVENUS</b>			

[26] Le présent tableau met en perspective les différentes approches de droit privé et de droit fiscal dans la qualification du but. L'on constate que l'exercice d'une activité commerciale se révèle problématique sous l'angle fiscal,<sup>88</sup> alors même que les conditions en matière d'exonération fiscale n'évoquent pas directement l'exercice d'une activité, mais exigent la poursuite d'un but d'utilité publique. La distinction entre revenu et bénéfice pose une difficulté supplémentaire, menant les autorités fiscales à devoir tracer une frontière entre exonération fiscale complète, exonération fiscale partielle et absence d'exonération tant en fonction de l'importance de l'activité en termes de source de revenus que de bénéfices distribués.

<sup>85</sup> Selon les statuts de l'association, son but vise à « *[c]ontribuer, notamment par du travail juridique, à l'habitabilité et l'équilibre du système terre, en particulier lutter contre le dérèglement climatique et pour la préservation de la biodiversité* ».

<sup>86</sup> Pour un résumé de l'affaire, cf. JURIUS, Violations de la Convention européenne, faute de mise en oeuvre de mesures suffisantes pour lutter contre le changement climatique, in : Jusletter 15 avril 2024 ([https://jusletter.weblaw.ch/fr/jusissues/2024/1193/violations-of-the-eu\\_4ab8e29752.html](https://jusletter.weblaw.ch/fr/jusissues/2024/1193/violations-of-the-eu_4ab8e29752.html), consulté le 12 août 2024).

<sup>87</sup> Sur le sujet, cf. VAIK MÜLLER, La Commission Suisse pour la Loyauté publie ses directives (<https://cdbc.ch/1319/>, consulté le 12 août 2024).

<sup>88</sup> Du même avis : PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 852.

#### 4.3. Activité commerciale

[27] L'exercice d'une activité commerciale par une entité exonérée d'impôt est fortement limité sous le prisme du principe de neutralité concurrentielle.<sup>89</sup> Sont toutefois tolérés : (i) l'exercice d'un activité commerciale jugée accessoire,<sup>90</sup> celle-ci doit être subsidiaire par rapport à l'activité altruiste et constituer un moyen d'atteindre le but non économique,<sup>91</sup> et ; (ii) la détention de participations à une entreprise qui – sous réserve d'être jugée importante<sup>92</sup> – relève de la gestion de patrimoine. Il reste, en outre, de la place pour une éventuelle exonération partielle pour autant que l'activité altruiste soit importante par rapport à l'activité commerciale et que l'entité tienne deux comptabilités séparées.<sup>93</sup> L'on constate toutefois que le seuil d'activité commerciale toléré varie selon les pratiques cantonales, faisant planer une insécurité juridique.

[28] Plutôt envisagées pour exercer une activité commerciale, les formes juridiques atypiques (SA, Sàrl, SCoop) risquent d'être moins à même de bénéficier de l'exonération fiscale. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous proposons ci-après quatre cas de figure pouvant s'envisager pour outrepasser cet obstacle.

- La transformation en société à but idéal avec activité économique, sous réserve que cette dernière reste accessoire par rapport à l'activité philanthropique (à défaut il s'agira d'un éventuel indice de but économique). Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'une société de capitaux même exonérée peinera davantage à obtenir des donations en comparaison à une fondation ou une association.<sup>94</sup>
- La mise en place d'une fondation ou association *holding* détenant la totalité ou une partie des actions ou des parts sociales. Cette solution soulève la question de l'activité économique indirecte de la fondation et de l'association faisant l'objet des controverses relevées ci-avant,<sup>95</sup> à savoir la possibilité pour une fondation de poursuivre un but économique à titre principal ou encore la qualification de la détention de la société comme but économique ou non économique.
- La coexistence d'une SA ou Sàrl avec une association ou une fondation (dite fondation d'entreprise), en partie alimentée par la première conformément aux statuts.

---

<sup>89</sup> Cf. *Supra* Section 4.2.

<sup>90</sup> Cf. *Supra* Section 4.2.

<sup>91</sup> Circulaire n°12, sec. II.3.b.

<sup>92</sup> Sur la notion de participations importantes, cf. NERI-CASTRACANE/BOTTGE (nbp. 20), p. 288. Dans un tel cas, il ressort des art. 56 let. g i.f. LIFD et 23 let. f i.f. LHID que « [...] L'acquisition et l'administration de participations en capital importantes à des entreprises ont un caractère d'utilité publique 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 [...] ». À cet égard, HAROLD GRÜNINGER (nbp. 47), p. 69 s., soulève que cette exigence risque d'entrer en conflit avec le haut degré d'engagement inhérent à l'approche de *venture philanthropy*, puisque cet engagement implique souvent une prise d'influence dans les activités de l'entreprise soutenue (telle que le siège d'un membre du conseil de fondation au sein de l'organe supérieur de direction de l'entreprise soutenue). Cela ne devrait toutefois pas se révéler problématique si cette représentation se limite à une personne, cf. Circulaire n°12, sec. II.3.c.

<sup>93</sup> Circulaire n°12, sec. II.5. Voir aussi OPEL (nbp. 9), p. 84.

<sup>94</sup> Du même avis : PFAMMATTER/PETER (nbp. 18), p. 293.

<sup>95</sup> Cf. *Supra* Section 2.1.

- La transformation en fondation actionnaire (modèle double), impliquant une division des droits patrimoniaux et des droits de vote avec une exonération fiscale pour l'entité détenant les droits patrimoniaux.<sup>96</sup>

[29] S'agissant des structures contractuelles, les investissements à impact soulèvent également une problématique sous l'angle du droit fiscal. Pour reprendre l'exemple précédemment exposé<sup>97</sup> relatif à l'opération contractuelle réalisée par *UBS Optimus Foundation* (prêt ordinaire à 7–8% d'intérêts et prêt convertible), une telle opération est susceptible de remettre en cause le statut d'exonération fiscale. Jusqu'à présent, la jurisprudence et les autorités fiscales ont généralement considéré que les investissements d'une partie substantielle des actifs d'une entité exonérée d'impôt impliquaient la poursuite d'un but économique ou constituaient une activité commerciale non-accessoire.<sup>98</sup>

[30] En février 2024, l'autorité fiscale zurichoise<sup>99</sup> s'écarte fondamentalement de cette perspective en publant de nouvelles directives précisant que les modèles de soutien entrepreneurial (*venture philanthropy*), tels que les prêts ordinaires (y compris les *Social Impact Bonds* et les *Development Impact Bonds*), les participations et les prêts convertibles n'excluent pas l'exonération fiscale, même s'il existe un potentiel de retour de fonds (remboursements et intérêts de prêts, revenus de participations, participations aux bénéfices) vers l'entité philanthropique. Au demeurant, la fondation doit démontrer que les fonds sont alloués à des domaines ne disposant pas (encore) d'un marché viable, facilitant ainsi des investissements que des entités à but lucratif n'entreprendraient pas. En outre, ces investissements sont limités à la portée des activités de soutien de la fondation et les bénéfices générés doivent être réaffectés au but d'utilité publique. La nouvelle réglementation ne fournit pas de détails spécifiques sur les bénéficiaires, bien qu'elle laisse entendre qu'il devrait s'agir d'entreprises sociales. En définitive, la position de l'autorité fiscale zurichoise sous-tend que le soutien entrepreneurial (investissement à impact) doit être compris comme une contribution à fonds perdu dans le cadre de la mise en œuvre du but (utilisation du patrimoine), et non dans le cadre de la gestion d'actifs dont l'objectif premier est de générer un rendement conforme au marché.<sup>100</sup> Si la publication de cette directive a ouvert la discussion au sein d'autres cantons, l'impact de la nouvelle directive zurichoise reste, pour l'heure, incertain.

#### 4.4. Distribution de dividendes

[31] L'exonération fiscale pour cause d'utilité publique est – sur le principe – accessible aux sociétés de capitaux,<sup>101</sup> mais la distribution de dividendes se révèle problématique puisqu'elle

---

<sup>96</sup> Sur le sujet, cf. NERI-CASTRACANE/BOTTGE (nbp. 20), p. 283–298.

<sup>97</sup> Cf. *Supra* Section 3.2.

<sup>98</sup> Pour un exemple, cf. Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1254/2019 du 13 août 2019.

<sup>99</sup> Canton de Zurich, Zukunftsgerichtete Stärkung des Stiftungsstandorts Zürich, publié le 9 février 2024 (<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2024/02/zukunftsgerichtete-staerkung-des-stiftungsstandorts-zuerich.html>, consulté le 12 août 2024).

<sup>100</sup> THOMAS SPRECHER, Neuaustrichtung der Steuerbefreiungspraxis im Kanton Zürich, StR 79/2024, p. 234–245, p. 240 s.

<sup>101</sup> Circulaire n°12, sec. II.2.a.

porte atteinte à la notion d'utilité publique (désintéressement).<sup>102</sup> La distribution de dividendes peut également être critiquable sous l'angle des conditions d'irrévocabilité et d'exclusivité des fonds.<sup>103</sup> Tel que relevé dans la Circulaire n°12,<sup>104</sup> la société poursuivant un but d'utilité publique pourrait statutairement renoncer à distribuer des dividendes et des tantièmes, quand bien même cela pourrait ne pas se révéler suffisant pour l'autorité fiscale.<sup>105</sup>

[32] À titre d'exemple, une coopérative d'habitation, qui viserait l'acquisition, la construction et la location d'habitation – s'apparentant à un but (économique) lucratif – parallèlement à la mise à disposition d'habitation à loyers modérés, pourrait prétendre à l'exonération fiscale au sens des art. 56 let. g LIFD et 23 al. 1 let. f LHID. Si une telle perspective est envisageable, elle implique un travail plus conséquent dans la rédaction des statuts, tel que l'intégration d'une clause dite de non-retour visant tant la part de bénéfice en cours d'existence que l'excédent de liquidation en cas de dissolution de l'entité (affection irrévocabile des fonds).<sup>106</sup> En outre, l'intérêt général doit ressortir clairement de la clause de but, ce qui pourrait être atteint en mettant l'accent sur l'activité relative à la mise à disposition de loyers modérés. Le caractère d'utilité publique d'une telle activité découle de l'art. 108 al. 1 Cst. et de l'art. 55 al. 1 de l'Ordonnance relative à la *Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements* (OLCAP)<sup>107</sup>, confirmé par l'art. 6 al. 1 let. a de la *Loi sur les timbres* (LT)<sup>108</sup>. L'on relèvera par ailleurs, la nécessité de prévoir statutairement les exigences relatives à la condition de désintéressement.<sup>109</sup>

#### 4.5. Donation et contre-prestation

[33] Le droit privé et le droit fiscal adoptent une approche distincte au don.<sup>110</sup> L'art. 239 al. 1 CO définit la donation comme la cession de biens entre vifs à un tiers sans contre-prestation correspondante. Selon la jurisprudence, la gratuité constitue l'une des caractéristiques essentielles de la donation, mais elle « [...] n'exclut cependant pas toute espèce de prestation ou de service promis en même temps par le donataire. »<sup>111</sup>. Au demeurant, le droit privé ne connaît pas la notion

---

<sup>102</sup> Cf. Conférence suisse des impôts (CSI), Exonération fiscale des personnes morales qui poursuivent des buts de service public, d'utilité publique ou des buts cultuels/Déductibilité des libéralités/ Informations pratiques à l'intention des administrations fiscales cantonales 18 janvier 2008 (modifié le 3 novembre 2023) (<https://www.ssk-csi.ch/fr/themes/exoneration>, consulté le 12 août 2024), p. 26, qui exclut strictement l'exonération fiscale aux entités d'utilité publique distribuant des dividendes. Critiqué par : PETER LOCHER/ERNST GIGER/ANDREA PEDROLI, in : Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Teil II. Art 49–101 DBG, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2022, Art. 56 DBG N. 120, qui proposent de refuser l'exonération qu'en cas de distribution excessive de dividendes à l'instar des entités de service public et suggèrent de s'inspirer de l'art. 6 al. 1 let. a LT (dividendes limités au maximum à 6% du capital social versé).

<sup>103</sup> PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 851.

<sup>104</sup> Circulaire n°12, sec. II.2.a.

<sup>105</sup> Critiqué par PETER/PFAMMATTER (nbp. 16), p. 851 s.

<sup>106</sup> Voir Circulaire n°12, sec. II.2.c.

<sup>107</sup> Ordonnance relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 30 novembre 1981 (OLCAP ; RS 843.1).

<sup>108</sup> Loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973 (LT ; RS 641.10).

<sup>109</sup> Cf. *Supra* Section 4.1.

<sup>110</sup> ATF 146 II 6, c. 7.1 ; ATF 118 Ia 497, c. 2b.

<sup>111</sup> ATF 144 II 93, c. 5.1.2.

de privilège – qui ressort du modèle contractuel du collectif<sup>112</sup> – qui serait *a priori* qualifiée de contre-prestation, à moins de ne pas être jugée « équivalente ».

[34] Le droit fiscal ne reprend pas la notion d'équivalence à l'aune du droit privé, mais admet – selon l'art. 3 let. i ch. 2 *i.f.* de la *Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée* (LTVA)<sup>113</sup> – que « [...] les contributions des donateurs sont également considérées comme des dons lorsque l'organisation d'utilité publique accorde à titre volontaire au donateur des priviléges entrant dans le cadre de son but statutaire, pour autant qu'elle informe le donateur qu'il ne peut se prévaloir de ces priviléges. »<sup>114</sup>. Le résultat est peu ou prou le même qu'en droit privé mais la logique est différente.<sup>115</sup> Dès lors, les structures contractuelles à l'instar du modèle du collectif<sup>116</sup> peuvent – pour autant qu'il s'agisse de dons s'élevant à 100 CHF au moins par période fiscale – justifier une déduction fiscale selon le pays de domicile – au niveau fédéral – à hauteur de 20% du revenu net<sup>117</sup> et – au niveau cantonal – les libéralités sont déductibles jusqu'à concurrence d'un montant déterminé par le droit cantonal.<sup>118</sup>

## 5. Conclusion

[35] Il est possible d'identifier deux grands axes de la structuration juridique de la philanthropie. Cela peut impliquer la mise en place d'une entité juridique ou d'une structure contractuelle, voire les deux. Dans les deux approches, l'on peut traditionnellement opérer une distinction entre formes ou structurations typiques (ou classiques) de celles atypiques (ou innovantes).

[36] Font partie des formes juridiques typiques les associations et les fondations et de celles atypiques les SA, Sàrl et SCoop. Toutes les personnes morales sont soumises aux mêmes conditions pour l'octroi de l'exonération fiscale mais leur réalisation sous une forme atypique exigera en pratique plus de travail dans la rédaction des statuts. En matière contractuelle, le modèle de la fondation arbitrante est reconnu de longue date. En outre, on assiste à l'émergence de nouveaux modèles, tels que celui du collectif ou de l'investissement à impact en particulier. Tous ces modèles, selon leurs caractéristiques, présentent des écueils pour l'exonération fiscale en raison de la définition fiscale du but économique (et l'influence y relative de l'activité économique), du don, de la contribution à fonds perdu et de l'investissement notamment.

[37] Le tableau ci-après présente une synthèse de la structuration juridique de la philanthropie, sous leurs formes typiques et atypiques en mettant en lumière les éventuelles limites sous l'angle du droit fiscal.

---

<sup>112</sup> Cf. *Supra* Section 3.1.

<sup>113</sup> Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 (LTVA ; RS 641.20).

<sup>114</sup> À ce sujet, cf. OPEL (nbp. 9), p. 157.

<sup>115</sup> Selon ATF 118 Ia 497, c. 2b, la notion de donation en droit fiscal peut être plus large que celle en droit civil.

<sup>116</sup> Cf. *Supra* Section 3.1.

<sup>117</sup> Art. 33a LIFD.

<sup>118</sup> Art. 9 al. 2 let. i LHID. La plupart des cantons ont repris la réglementation fédérale, sauf notamment Neuchâtel (limite de 5%), Jura (limite de 10%), Bâle-Campagne (illimité). Pour plus de précisions, cf. OPEL (nbp. 9), p. 179.

Structuration	Typique	Atypique
Formes juridiques	Association Fondation	SA, Sàrl, SCoop  <b>But d'utilité publique</b> <b>Affectation exclusive et irrévocabile des fonds</b> <b>Rémunération des membres de l'organe suprême de direction</b> <b>Absence de but lucratif (activité économique requalifiée en but économique)</b>
Structures contractuelles	Sous-fonds (fondation abritante)	Collectifs <b>Donation requalifiée en prestation contre contre-prestation</b>  <i>Impact investing/venture philanthropy (equity, debt, impact bonds)</i> <b>Donation ? Contribution à fonds perdu ?</b> <b>Investissement ? → activité économique ?</b>

[38] Regrettablement, le droit privé et le droit fiscal appréhendent de manière différente certaines notions, telles que la distinction entre « *but économique* » et « *but non économique* », et la donation (ou plutôt l'absence de contre-prestation y relative). Cette discordance complique ultérieurement la structuration juridique de la philanthropie. Une harmonisation de notions entre droit privé et droit fiscal serait désirable.

Prof. GIULIA NERI-CASTRACANE, Professeure associée, Directrice du Département de droit commercial, Faculté de Droit/Centre en Philanthropie, Université de Genève.

SARA ANDRADE, MLaw, Assistante-doctorante, Département de droit commercial, Faculté de Droit, Université de Genève.