

# LA MODIFICATION DU BUT D'UNE FONDATION

## Ancrage légal, pratique et droit désirable

Cette contribution présente les options pour modifier le but d'une fondation. Elle signale la pratique et la procédure tout en relevant certaines incohérences. Elle se prononce enfin sur quelques réformes souhaitées.

### 1. INTRODUCTION

Une fondation se caractérise essentiellement par son but. Une fois fixé, le fondateur ne peut plus le modifier librement. Il en va de même des organes de la fondation, lesquels sont simplement chargés d'exécuter ce but. Plusieurs dispositions légales offrent néanmoins des possibilités de le changer.

Le sujet abordé est large. Nous relevons ici quelques aspects choisis. Nous limitons notre contribution aux fondations dites classiques, à l'exclusion des fondations de prévoyance, des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques. Par simplification, nous parlons de conseil de fondation pour désigner l'organe suprême de la fondation.

### 2. BASES LÉGALES

**2.1 Modifications essentielles.** Conformément à l'art. 86 CC, le but peut être modifié lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Une modification dite essentielle au sens de cette disposition implique le cumul de deux conditions, l'une objective et l'autre subjective.

Objectivement, les circonstances ont changé. Cela peut être dû tant à des événements externes (p. ex. l'évolution de la science) que propres à la fondation (p. ex. l'augmentation significative de ses biens). Le texte légal allemand rend l'intensité de la variation nécessaire à la modification («*eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung*»); une simple variation de la pertinence ou de l'opportunité du but ne suffirait pas à satisfaire cette condition [1].

Subjectivement, le changement est tel que la fondation a cessé de répondre aux intentions du fondateur. Si le fondateur est décédé, rechercher son intention initiale sera un

exercice délicat. D'une part, et sous réserve de cas spécifiques, l'expression du but par le fondateur étant un acte juridique unilatéral général (sans destinataires en particulier), les règles ordinaires d'interprétation, soit en particulier ce qu'un destinataire de l'acte aurait pu comprendre, ne sont pas déterminantes. D'autre part, il est difficile d'apporter la preuve de la volonté supposée du fondateur, par hypothèse différente de celle exprimée dans l'acte de fondation.

Les cas relevant de l'art. 86 CC sont parfois réduits, à notre avis sans raison, à des situations d'impossibilité, nullité ou contrariété aux mœurs (subséquente) du but [2]. D'une part, et même si elles tombent matériellement sous le coup de l'art. 86 CC, ces situations relèvent avant tout de l'art. 88 CC (voir ci-dessous ch. 2.4). D'autre part, une telle limitation impliquerait que la réalisation de la condition objective serait seule pertinente, ce qui n'est manifestement pas conforme au texte de l'art. 86 CC. En définitive, si la modification du but doit demeurer exceptionnelle et être prononcée avec grande retenue, la pratique doit néanmoins veiller à ne pas restreindre l'application de l'art. 86 CC à des cas d'impossibilité, de nullité ou de contrariété aux mœurs; un terrain d'application directe de cette disposition demeure.

**2.2 Modifications accessoires.** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le législateur a prévu que des modifications accessoires peuvent être apportées à l'acte de fondation lorsque celles-ci sont commandées par des motifs objectivement justifiés et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers (art. 86 b CC).

Cette disposition s'applique également aux éléments du but qui peuvent être considérés, tant du point de vue objectif que subjectif, comme étant accessoires. Il en ira par exemple ainsi d'une modification anodine du cercle des bénéficiaires ou d'un toilettage de termes désuets [3].

Par motifs objectivement justifiés, on entend les circonstances qui nécessitent raisonnablement une modification sans laquelle l'organisation et/ou l'exploitation de la fondation serait inutilement rendue plus compliquée [4]. Ce critère objectif est d'intensité largement inférieure à celui de l'art. 86 CC.

**2.3 «Réserve de modification».** Une nouvelle possibilité de modifier le but a été introduite le 1<sup>er</sup> janvier 2006 dans la loi (art. 86 a CC) [5]. Selon cette disposition, le fondateur, ou les



LOÏC PFISTER,  
AVOCAT ET DOCTEUR EN  
DROIT, ASSOCIÉ,  
LPPV AVOCATS, LAUSANNE

fondateurs conjointement, ont un véritable droit [6] de modifier le but de la fondation qu'ils ont constitué lorsque 10 ans au moins se sont écoulés depuis sa constitution. Ce droit est intransmissible.

Si le fondateur est une personne morale, le droit s'éteint après 20 ans [7]. En cas de fusion ou de transformation, la personne morale issue de l'opération devrait pouvoir requérir la

*«Conformément à l'art. 86 CC, le but peut être modifié lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur.»*

modification [8]. S'agissant des personnes morales, il conviendra d'être attentif aux situations d'abus. On peut notamment penser au cas où une fondation constitue une nouvelle fondation de manière à en modifier le but après 10 ans ou à en perpétuer la possibilité au-delà des 20 ans prévus à l'art. 86 a al. 3 CC [9].

Malgré la systématique légale, le fondateur peut à notre avis modifier des éléments qui ne sont pas forcément essentiels (art. 86 CC) et qui relèveront plutôt d'une modification accessoire (art. 86 b CC) [10]. À défaut, le fondateur serait soumis à une incertitude quant au caractère essentiel ou non de la modification. Ce serait contraire à l'esprit de la disposition, lequel est d'accorder au fondateur un véritable droit.

Bien que le droit du fondateur soit limité à la modification du but, un tel acte pourra requérir une modification de l'organisation [11].

L'art. 86 a CC soulève plusieurs inconnues qui mériteraient d'être précisées (voir ci-dessous ch. 4). Il convient de relever qu'indépendamment de cet article, le fondateur peut réserver le droit de modifier le but dans un sens défini lorsque des conditions matérielles se réalisent [12].

**2.4 But illicite, impossible ou contraire aux mœurs.** Si le but est devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs, la jurisprudence considère que les mesures permettant la poursuite des activités de la fondation, notamment le changement du but, doivent être prioritairement prises avant de procéder à sa dissolution comme l'exigerait l'art. 88 al. 1 CC [13]. En effet, si le but peut être modifié lorsque son caractère ou sa portée a varié au point de ne plus correspondre aux intentions du fondateur (art. 86 CC), il doit pouvoir l'être d'autant plus s'il est devenu illicite, impossible ou contraire aux mœurs. Ici, et contrairement à l'art. 86 CC, seul l'existence d'un élément objectif sera déterminant, peu importe les intentions initiales du fondateur.

En cas d'illicéité, d'impossibilité ou de contrariété aux mœurs partielle du but, seuls les éléments du but touchés devront être modifiés ou supprimés.

**2.5 Formulation du nouveau but.** Si les conditions pour une modification essentielle ou accessoire du but sont rem-

plies, il peut être changé. Il devrait même l'être en cas d'impossibilité, d'illicéité ou de contrariété aux mœurs. Parfois, le fondateur a anticipé la situation en précisant déjà dans l'acte de fondation le nouveau but. En pratique, de telles indications feront généralement défaut. Selon la doctrine actuelle, le nouveau but devra respecter l'idée générale émise par le fondateur et ne pas léser les droits de tiers [14]. Il ne doit toutefois pas être le plus proche possible du but initial [15].

Dans le cadre de la réserve de modification par le fondateur, l'art. 86 a al. 2 CC requiert qu'un but d'utilité publique ou de service public au sens de l'art. 56 let. g LIFD le demeure après la modification [16] (s'agissant d'un but culturel, voir ci-dessous ch. 4). Dans cette limite, le fondateur est libre de reformuler le but. Cela pourrait donner lieu à des cas d'abus, par exemple en cas de renonciation ou de perte provoquée de l'exonération de manière à pouvoir modifier librement le but et rétrocéder les biens au fondateur [17].

### 3. PRATIQUE ET PROCÉDURE

**3.1 Éléments essentiels ou accessoires en pratique.** La distinction entre éléments essentiels ou accessoires du but se révèle souvent difficile. Elle dépendra beaucoup de la pratique des autorités de surveillance. Cette appréciation pourra diverger selon l'autorité de surveillance compétente. Ainsi, dans des circonstances équivalentes, la portée géographique du but sera considérée comme une modification accessoire par certaines autorités alors que d'autres la considéreront essentielle [18].

Pour être cohérent, les conditions restrictives de modification des éléments essentiels du but devront à notre avis se retrouver dans la définition même de ce que sont de tels éléments. Il conviendra ainsi de les définir de manière étroite. Par exemple, si le but comprend des éléments de moyens ou les motivations philosophiques ou encore religieuses qui le sous-tendent, ces éléments devront en principe être considérés comme accessoires et pourront faire l'objet d'une modifi-

*«Pour être cohérent, les conditions restrictives de modification des éléments essentiels du but devront à notre avis se retrouver dans la définition même de ce que sont de tels éléments.»*

cation à des conditions allégées. Ils devraient d'ailleurs plutôt trouver leur place dans un préambule.

En définitive, un fondateur devra soigneusement réfléchir en amont de la constitution à la formulation du but et aux éléments à y intégrer. Un but trop limité restreindra la possibilité de la fondation de s'adapter à son contexte changeant, tandis qu'un but trop large pourra poser des difficultés, par exemple, en matière de reconnaissance – en Suisse ou à l'étranger – d'un statut d'utilité publique.

**3.2 La procédure de modification.** Un arrêt récent rappelle que la compétence de décider d'une modification du but

appartient à l'autorité [19]. Les art. 86 et 86 a CC confèrent la compétence de décider de la modification à une autorité qui peut être distincte de l'autorité de surveillance, alors que l'art. 86 b CC confère la compétence décisionnelle à l'auto-

*«La disposition de l'art. 86 a CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, découle d'une volonté déclarée de flexibiliser le droit des fondations dites classiques.»*

rité de surveillance elle-même. Dans la plupart des cantons ainsi qu'au niveau fédéral, l'autorité compétente des art. 86 et 86 a CC est l'autorité de surveillance. La forme authentique n'est requise à aucun stade [20].

En cas de modification essentielle du but, le conseil de fondation peut requérir une décision. S'il ne sollicite pas lui-même la modification, et bien que l'art. 86 CC ne le prévoit plus expressément depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, il devra être entendu [21]. Lors d'une modification accessoire, le conseil de fondation est à tout le moins entendu. En pratique, il sera souvent lui-même l'initiateur de la démarche visant à la modification [22]. Lors d'une modification du but par le fondateur conformément à l'art. 86 a CC, il est à relever que le conseil de fondation n'a aucun droit à être entendu. Des complications peuvent en découler. D'aucuns recommandent que le fondateur prenne contact avec le conseil de fondation, ce qui semble dans la plupart des cas relever d'une bonne pratique.

Il paraît opportun que l'autorité entende également des personnes autres que le conseil de fondation dans le cadre d'une modification du but au sens des art. 86 et 86 b CC. Il pourra s'agir de tiers intéressés: le fondateur, ses successeurs, des bénéficiaires, etc. [23]. Lorsque ces personnes sont en outre touchées par la décision, elles pourront avoir la qualité de partie à la procédure.

Dans la mesure où le pouvoir décisionnel est réservé à l'autorité de surveillance, toute personne devrait à notre avis, par le biais d'une dénonciation, pouvoir déclencher une procédure en modification du but par l'autorité de surveillance conformément aux art. 86 et 86 b CC; il pourra s'agir d'un membre du conseil de fondation, du fondateur, d'un bénéficiaire ou même d'un tiers [24]. Conformément à ce qui précède, l'autorité devra néanmoins garantir le droit d'être entendu de la fondation. Elle devra également respecter les principes généraux régissant son activité de surveillance, soit en particulier les principes de proportionnalité et de subsidiarité ainsi que respecter l'autonomie de la fondation.

Si l'autorité de surveillance est saisie par le biais d'une dénonciation, elle est en principe libre de n'y donner aucune suite. En revanche, l'autorité devra nécessairement prendre une décision – négative ou positive – en cas de requête déposée par le conseil de fondation (ou par le fondateur dans le cadre de l'art. 86 a CC). Toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou

ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, aura qualité pour former recours contre cette décision [25].

La modification du but peut exiger la modification de l'organisation. Elle sera décidée par l'autorité compétente, à l'initiative de l'autorité de surveillance ou du conseil de fondation (art. 85 CC).

Si l'autorité de surveillance est saisie tant d'une modification du but par le fondateur (au sens de l'art. 86 a CC) que d'une sollicitation de modification par le conseil de fondation ou même d'un tiers (selon les art. 86 ou 86 b CC), le droit du fondateur devrait primer.

#### 4. DROIT DÉSIRABLE SUR LA «RÉSERVE DE MODIFICATION» (ART. 86 A CC)

La disposition de l'art. 86 a CC, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, découle d'une volonté déclarée de flexibiliser le droit des fondations dites classiques [26]. De manière générale, elle procède à un arbitrage simple et pragmatique des différents intérêts en présence. La fixation d'un délai avant que le but ne puisse être modifié paraît notamment se justifier; il permet de «garantir une certaine pérennité de la fondation et éviter que les activités de la fondation ne soient bloquées en raison de changements fréquents de but». [27]

Certains points mériteraient néanmoins d'être clarifiés. Comme indiqué plus haut (voir ci-dessus ch. 2.3), il ne se justifierait à notre avis pas de limiter le droit du fondateur à la faculté de procéder à des modifications essentielles. En outre, il paraîtrait utile que son droit s'étende à la modification de l'organisation [28]. Il s'agit là d'un des éléments à retenir de l'initiative *Luginbühl* du 9 décembre 2014, dont la mise en œuvre devrait être discutée prochainement par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats [29]. Si le fondateur modifie significativement le but, il doit en effet être en mesure de modifier l'organisation en conséquence. De plus, à l'expérience de la pratique, le fondateur peut s'être rendu compte de certaines «erreurs de jeunesse» dans l'orga-

*«En cas d'illicéité, d'impossibilité ou de contrariété aux mœurs partielle du but, seuls les éléments du but touchés devront être modifiés ou supprimés.»*

nisation. La mise en route des activités d'une fondation ne requiert d'ailleurs pas la même organisation que leur consolidation, par hypothèse 10 ans après. À l'instar de tous les acteurs, secteurs privé et public confondus, les fondations sont toujours plus soumises à des exigences d'efficacité. Dans un souci d'augmenter les moyens à disposition pour améliorer cette efficacité, une possibilité supplémentaire de réorganisation paraît souhaitable.

S'agissant de l'art. 86 a al. 2 CC, nous notons qu'il est silencieux à propos des fondations bénéficiant d'une exonération



en raison d'un but culturel au sens de l'art. 56 let. h LIFD. Or les raisons ayant amené le législateur à limiter le droit de modification du but des fondations poursuivant des buts d'uti-

vue de l'évolution légale et des conceptions générales, il devrait également être autorisé à certaines conditions [31].

*«Il est avantageux, tant pour la réputation de la place philanthropique suisse que pour la légitimité des avantages fiscaux octroyés, qu'une fondation exonérée demeure pertinente dans son but, efficace dans sa poursuite.»*

lité publique ou de service public sont également applicables aux fondations poursuivant un but culturel. Il convient en effet également de garantir aux personnes qui ont fait des dons à une fondation en vertu de son but culturel que leur don soit utilisé dans un tel but, même s'il ne devait plus s'agir du but primitif. En outre, le fondateur pourrait également abuser de son droit de modifier un but culturel; ce droit se transformerait alors en une possibilité de se faire rétrocéder les biens dévolus à la fondation [30].

Il convient à nos yeux enfin de prévoir la possibilité pour un fondateur de transformer un but culturel en un but d'utilité publique ou de service public. L'inverse pose des difficultés, notamment en lien avec la déductibilité des dons; au

## 5. CONCLUSION

Le cadre légal applicable à la modification du but est restrictif et exigeant. Il n'en demeure pas moins crucial. Il pose au fond la question de ce qui donne véritablement sens à l'action des fondations: est-ce la volonté initiale du fondateur ou le besoin bien compris des bénéficiaires actuels? Une tension peut exister. Cette tension s'accroît lorsqu'une fondation bénéficie d'une exonération fiscale. On ne perdra pas de vue qu'il est avantageux, tant pour la réputation de la place philanthropique suisse que pour la légitimité des avantages fiscaux octroyés, qu'une fondation exonérée demeure pertinente dans son but, efficace dans sa poursuite. Et parfois, amorcer l'acte exigeant du changement signifie mieux respecter l'esprit du fondateur. On s'inspire à cet égard des mots attribués à *Gustav Mahler* selon lesquels «la tradition ne

*«Et parfois, amorcer l'acte exigeant du changement signifie mieux respecter l'esprit du fondateur.»*

signifie pas vénérer les cendres mais nourrir la flamme».

«Ce que vous appelez tradition n'est rien d'autre que votre négligence». [32]

**Notes:** **1)** Voir Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar I/3/3*, Berne 1981, Die Stiftung – Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–98<sup>bis</sup> ZGB, art. 85/86 CC N 7. **2)** Les exemples donnés par la littérature paraissent souvent relever de cas d'impossibilité subséquente du but: une fondation dont le but (obsolète) est d'introduire le droit de vote des femmes, de mettre fin à la peine de mort en Suisse ou de financer la formation primaire. **3)** Parisima Vez, *Commentaire Romand* (2010), Code Civil I, art. 86 b CC N 7. **4)** Pascal Mantavon, *Abrégé de droit civil*, Art. 1<sup>er</sup> à 640 CC/LPart, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2013, p. 191. **5)** Pour une analyse critique de cet article: Hans Michael Riemer, *Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht* (Art. 60–89<sup>bis</sup> ZGB), Berne 2012, art. 86 a CC N 7. Sur cet article également: Georg von Schnurbein/Jonas Kipfer-Berger, *Die Zweckänderung bei Stiftungen nach Art. 86 a ZGB, successio 2017*, pp. 177 ss; Fabia Spiess/Francesca Maimone, *Attaktiveres Stiftungsrecht durch den Zweckänderungsvorbehalt*, *Expert Focus* 10/2017, pp. 721 ss. Selon la pratique, cette disposition ne s'applique qu'aux fondations nouvellement créées. Voir von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 182 s. **6)** Harold Grüninger, *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I*, 5<sup>ème</sup> édition, Bâle 2014,

art. 86 a CC N 8; Riemer, *Handkommentar*, art. 86 a CC N 2; Vez, art. 86 a CC N 14. L'arrêt GE.2015.0227 du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 30 mai 2016, est un exemple de litige sur la qualité essentielle ou accessoire d'une modification du but. **7)** Sur le dies a quo de ces délais de 10 et 20 ans: von Schnurbein/Kipfer-Berger, p. 182. **8)** Loïc Pfister, *La fondation*, Zurich 2017, N 664. **9)** Préconisant une interdiction pure et simple de réserve de modification lorsque la fondatrice est une personne morale: Vez, art. 86 a CC N 18. Et à tout le moins en cas de fusion: Riemer, *Handkommentar*, art. 86 a CC N 8. **10)** Du même avis: Riemer, *Handkommentar*, art. 86 a CC N 3. **11)** Pfister, N 669. **12)** Riemer, *Berner Kommentar*, art. 85/86 CC N 88; Vez, art. 86 a CC N 2. **13)** ATF 133 III 167, c. 4.1. **14)** Riemer, *Handkommentar*, art. 86 CC N 15. **15)** Vez, art. 85/86 CC N 23. **16)** Voir les critiques à ce sujet mentionnées par von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 184 s. **17)** Voir Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 23 octobre 2003, FF 2003 7425, p. 7441. **18)** S'agissant de la portée géographique, voir l'arrêt GE.2015.0227 cité à la note 6. **19)** En rapport avec la modification de l'organisation (art. 85 CC): arrêt du Tribunal fédéral 5A\_856/2016, 5A\_865/2016 du

13 juin 2018, c. 3.4 (en partie publié aux ATF 144 III 264). **20)** Riemer, *Berner Kommentar*, art. 85/86 CC N 34. **21)** Grüninger, art. 85/86 CC N 11. **22)** Voir en rapport avec la modification de l'organisation (art. 85 CC): arrêt du Tribunal fédéral 5A\_856/2016, 5A\_865/2016 du 13 juin 2018, c. 3.4. **23)** Voir Thomas Sprecher/Ulysses von Salis, *Die schweizerische Stiftung – Ein Leitfaden*, Zurich 1999, Frage 224. Sur l'intervention en procédure d'action ou de recours tant au niveau fédéral que cantonal: Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2015, pp. 195 ss. **24)** Voir Riemer, *Handkommentar*, art. 85 CC N 8, par renvoi de l'art. 86 CC N 7. **25)** Voir Riemer, *Handkommentar*, art. 85 CC N 9. **26)** FF 2003 7425, p. 7430. **27)** FF 2003 7425, p. 7441. Voir les arguments de von Schnurbein/Kipfer-Berger, pp. 188 s. **28)** Du même avis: von Schnurbein/Kipfer-Berger, p. 191. **29)** Initiative parlementaire de M. Werner Luginbühl du 9 décembre 2014, mesure proposée no. 3, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20140470> (dernière consultation le 4 décembre 2018). **30)** Voir FF 2003 7441. **31)** Pfister, N 667. **32)** Andy Sommer, *Gustav Mahler – autopsie d'un génie*, documentaire, France 2011.