



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Sociétés hybrides, entreprises sociales, B-Corp : le droit suisse est-il approprié ?

Pfammatter, Vincent; Peter, Henry

How to cite

PFAMMATTER, Vincent, PETER, Henry. Sociétés hybrides, entreprises sociales, B-Corp : le droit suisse est-il approprié ? In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2021, vol. 93, n° 3, p. 289–301.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:170046>

Sociétés hybrides, entreprises sociales, B-Corp : Le droit suisse est-il approprié ?

Vincent Pfammatter | Henry Peter*

Entrepreneurs have to increasingly navigate in a world where they cannot ignore their accountability towards the SDGs and society in general. Companies in fact are expected to consider the interests of all stakeholders, and management is required to adopt a long-term and sustainable vision, in which making profits goes hand in hand with the necessity to create a positive impact. This trend is observable worldwide and takes various legal forms, such as social enterprises, benefit corporations or hybrid entities. So far, the Swiss legal system has not been amended to capture this development.

This leaves no other choice than to adopt an existing legal structure (a corporation, a cooperative or a charity). While none of these structures were initially designed to serve hybrid purposes, the flexibility of Swiss law however allows to go further than it is often assumed. The present article therefore aims to provide an overview of the Swiss legal framework and the possibilities offered by existing legal entities to adapt to the needs of pursuing both for-profit and non-profit purposes simultaneously. The article also explores the likely evolution of Swiss law in this perspective.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les sociétés du Code des obligations
 - 1. La société anonyme et la société à responsabilité limitée
 - 2. La société à but non lucratif (art. 620 al. 3 CO)
 - 3. La société coopérative
- III. Les personnes morales du Code civil
 - 1. La fondation
 - 2. L'association
- IV. Le label B-Corp
- V. Aspects fiscaux choisis
 - 1. Exonération fiscale des sociétés du Code des obligations
 - 2. Exonération fiscale d'entités ayant un but idéal et une activité commerciale
 - 3. Exonération fiscale d'entités poursuivant des buts hybrides
- VI. Les initiatives
 - 1. Interpellation 13.3689 du Conseil national Eric Nussbaumer (2013)
 - 2. Interpellation 18.3455 du Conseil national Fabian Molina (2018)
 - 3. Plan d'action du Conseil fédéral (janvier 2020)
- VII. Conclusions et propositions

I. Introduction

Comme un signe des temps, l'association américaine *Business Roundtable*¹ a publié une déclaration² selon laquelle ses membres s'engageraient désormais à prendre en compte les intérêts de toutes les parties prenantes (clients, employés, fournisseurs, communauté et actionnaires), et non plus seulement de leurs actionnaires, dans la conduite de leurs activités commerciales. Cette déclaration a été signée par près de 200 CEOs.³ Elle coïncide avec le 50^e anniversaire de la déclaration de *Milton Friedman*, Prix Nobel d'économie en 1976, qui affirmait, pourtant, que : «*The social responsibility of business is to increase its profits.*»⁴

* Vincent Pfammatter, LL.M. (UC Berkeley), Avocat (sigma legal) et Academic fellow au Centre en philanthropie de l'Université de Genève. Prof. Henry Peter, Avocat, Docteur en droit et Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Directeur du Centre en Philanthropie de l'Université de Genève.

¹ Business Roundtable, <<https://www.businessroundtable.org/>> (21.2.2021).

² Business Roundtable, Opportunity, Our commitment, <<https://opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment>> (21.2.2021).

³ Voir aussi McGregor Jena, Group of top CEOs says maximizing shareholder profits no longer can be the primary goal of corporations, The Washington Post, 19 août 2019.

⁴ Bahar Rashid, Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle ?, in Bahar Rashid/Neri-Castracane Giulia/Trigo Trindade Rita (édit.), Vers les sommets du droit, Liber amicorum pour Henry Peter, Zurich 2019, p. 460 ; Blanc Mathieu/Chenaux Jean-Luc, Shareholder et Stakeholder : un Antagonisme Dépassé, Le Temps, 10 novembre 2020 ; Friedman Milton, The Social Responsibility of Business is

À bien des égards, cette déclaration correspond à ce que les entrepreneurs sociaux promeuvent depuis des années.⁵ Bien que des critiques aient été formulées quant aux véritables intentions de la *Business Roundtable*,⁶ il s'agit néanmoins d'un pas en avant important, puisque la primauté des actionnaires a été sa position officielle depuis 1997.⁷ La question se pose à présent de savoir comment structurer une entreprise, d'un point de vue juridique, pour pouvoir atteindre de tels objectifs.

Certains pays ont adopté des formes juridiques spécifiques pour répondre aux besoins de ces entreprises et encourager leur développement. C'est le cas des États-Unis d'Amérique, où de nombreux États ont instauré de nouvelles solutions telles la *Low-Profit Limited Liability Company* (L3C), la *Social Purpose Corporation* (SPC) ou encore la *Public Benefit Corporation* (PBC).⁸ C'est également le cas de l'Italie, qui a introduit la *Società Benefit* (SB) en 2016, de la Colombie qui a adopté en 2018 les *Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo* (BIC), ou de la France, pays dans lequel le modèle de l'« entreprise à mission » a été établi en 2019.

Chacun de ces modèles présente des similitudes dans la mesure où ils associent l'intention de réaliser des bénéfices à une idéologie sociale. Le dénominateur commun est que le but de l'entreprise ne doit pas être focalisé sur la recherche de profits pour ses ac-

tionnaires, mais que l'activité économique ait un « *purpose* », c'est-à-dire s'inscrive dans une perspective sociétale globale, avec un impact positif sur toutes les parties prenantes de la société – et de la Société – dans une optique durable (« *sustainable* »), c'est-à-dire à (très) long terme.

Mais ces modèles diffèrent aussi, que ce soit dans la prédominance d'un but par rapport à l'autre,⁹ ou dans la forme juridique qu'ils revêtent. Selon les juridictions, et en fonction de leurs particularités, on parle d'ailleurs de sociétés hybrides, d'entreprises sociales, d'entités à double ou multiples buts. Le plus souvent ces distinctions se retrouvent aussi dans leur expression anglo-saxonne, que ce soit des *blended enterprises*, *social enterprises*, *for-benefit enterprises*, *hybrid entities*, *dual-purpose entities*, *flexible-purpose corporations*, *benefit corporation*, etc.¹⁰ De fait, il n'existe pas une définition juridique uniformisée, mais il est communément admis qu'il s'agit dans tous les cas de sociétés qui ont une approche multipartite et qui prennent en considération non seulement des paramètres économiques, mais aussi des paramètres sociaux et environnementaux.

Contrairement à d'autres juridictions, le législateur suisse a décidé de ne pas prévoir de structure juridique spécifique pour de telles entreprises. Il est peu probable que cette position évolue dans un avenir proche, le Conseil fédéral ayant déclaré en 2018 encore qu'il n'avait pas l'intention d'encourager la création d'une nouvelle structure juridique pour de telles entreprises, bien qu'il soutienne des initiatives privées dans ce secteur, tel le mouvement B-Corp.¹¹

Pourtant, l'objectif de cette contribution est, d'une part, d'analyser la manière dont ces entreprises peuvent, en Suisse, se structurer d'un point de vue juridique et, d'autre part, de mettre en évidence les opportunités ainsi que l'évolution probable que le système juridique suisse offre – ou connaîtra – à cet égard.

À cette fin, quelques éléments sémantiques doivent être préliminairement clarifiés.

to Increase its Profits, The New York Times, 13 septembre 1970 ; Mayer Colin/Strine Jr. Leo E./Winter Jaap, 50 Years Later, Milton Friedman's Shareholder Doctrine is Dead, Fortune, 13 septembre 2020.

⁵ Ventura Livia/Bottge Delphine/Peter Henry/Pfammatter Vincent, Profit and non-profit purposes. Can legal entities serve two masters at once ?, Expert Focus 2019/3, p. 163 s.

⁶ Les dirigeants du groupe B-Corp ont publiquement appelé les dirigeants de la *Roundtable* pour qu'ils puissent travailler et pour « *put words into action* », en publiant une page complète dans le New York Times du 25 août 2019. Voir l'article B The Change, Dear Business Roundtable CEOs: Let's Get to Work, <<https://bthechange.com/dear-business-roundtable-ceos-lets-get-to-work-25f06457738c>> (21.2.2021) ; Rinne April, 4 Ways to Build Businesses that Work for Good, Right Now, World Economic Forum Article, 22 novembre 2019.

⁷ Winston Andrew, Is the Business Roundtable Statement Just Empty Rhetoric?, Harvard Business Review (Harv. Bus.), 30 août 2019.

⁸ Ventura Livia, The Social Enterprise Development and the Birth of Hybrid Entities, A comparative law perspective, Expert Focus 2019/3, p. 171. Ventura/Bottge/Peter/Pfammatter (n. 5), p. 164 s.

⁹ À ce sujet, voir Brakman Reiser Dana, Blended enterprise and the dual mission dilemma, Vermont Law Review (Vt. Law Rev.) 2010, p. 105 s.

¹⁰ Ibid ; Pfammatter Vincent, Hybrid Entities in Switzerland, Expert Focus 2019/3, p. 175 s. ; Sabeti Heerad, The For-Benefit Enterprise, Harvard Business Review (Harv. Bus.), novembre 2011 ; Ventura (n. 8), p. 170.

¹¹ Cf. *infra* Sections VI.1 et VI.2.

- (1) Les objectifs caractérisés par un but lucratif sont souvent décrits en recourant à des synonymes tels que « **but économique** » ou « commerciaux », et les buts non-lucratifs à des termes tels que « buts sociaux », « idéaux » ou « caritatifs ». Par souci de cohérence et de simplification, nous utiliserons dans la présente contribution les termes but économique pour décrire les premiers, et **but idéal** pour désigner les seconds. Ces notions doivent par ailleurs être distinguées de la notion d'« utilité publique » qui, en droit suisse, provient du droit fiscal.¹² Elles doivent aussi être distinguées de l'« activité commerciale », qui peut être un moyen d'atteindre un but, mais n'est pas un but en soi.
- (2) On l'a vu, l'ensemble de ces structures sont réunies sous des appellations diverses et variées, telles que les *sociétés hybrides*, les *entreprises sociales* ou encore les *entreprises à impact*. Aucune de ces appellations n'est parfaite : la *société hybride* met l'accent sur la dualité des buts de l'entité, l'*entreprise sociale* véhicule l'idée d'une entreprise active uniquement dans des domaines sociaux,¹³ et l'*entreprise à impact* (positif) est une notion encore trop peu connue.

Dans la présente contribution, à défaut d'un cadre définitionnel uniformisé, nous utiliserons le terme **société hybride** lorsque nous nous référons à des entités qui poursuivent concomitamment, mais distinctement, des buts économiques et des buts idéaux, et le terme **entreprise sociale** lorsque nous envisageons des entités qui visent à consolider, voire à fusionner, ces deux objectifs, tant s'agissant de leur but que de leurs activités.

Étant donné l'absence de forme juridique spécifique pour les sociétés hybrides et les entreprises sociales, la présente contribution examinera si les formes juridiques existantes en Suisse peuvent être utilisées pour de telles entreprises. À cet effet, nous nous pencherons sur les particularités des sociétés capitalistiques (SA et Sàrl), des coopératives, ainsi que des personnes morales du Code civil (CC), c'est-à-dire des associations et des fondations. Nous traiterons également du label B-Corp, de certains aspects fiscaux topiques, ainsi que des initiatives législatives visant à faire évoluer le droit suisse vers une nouvelle structure juridique spécifique destinée à de telles entreprises.

¹² Art. 56 let. g de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et art. 23 al. 1 let. f de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID). Sur ce sujet : *Lideikyte Huber Giedre*, *Activité à but lucratif d'une entité d'utilité publique exonérée d'impôt : notion et limites*, Expert Focus 2019/3, p. 215.

¹³ Interpellation 18.3455 du Conseil national *Fabian Molina* et déclaration y relative du Conseil fédéral du 22 août 2018. Voir aussi le Rapport du Conseil fédéral du 19 octobre 2016 « Rôle des entreprises sociales » en réponse au postulat (13.3079) de *Marina Carobbio Guscetti* « Faire le point sur les entreprises sociales » du 14 mars 2013. Dans ce rapport, le Conseil fédéral estime que « dans notre pays, les entreprises sociales prennent des formes diverses, et il n'en existe aucune définition communément admise. [...] Cela dit, toutes les définitions s'accordent sur le fait que ces entreprises poursuivent un double objectif, à la fois économique et social. Leur mission principale est de mettre à la disposition des personnes défavorisées sur le marché primaire du travail des places de travail et des possibilités d'insertion ». Il s'agit selon nous d'une vision très restreinte de la définition d'entreprise sociale. À noter enfin l'existence des entreprises d'intégration sociale et professionnelle (EISP), qui sont des sociétés privées exerçant une double mission idéale et économique et qui sont partiellement subventionnées ou soutenues par l'État. Cet aspect de soutien étatique les distingue des initiatives privées analysées dans la présente contribution, raison pour

II. Les sociétés du Code des obligations

Compte tenu de l'absence de forme juridique spécifique destinée aux sociétés hybrides, ce premier chapitre est consacré à analyser si les formes déjà codifiées peuvent être utilisées à des fins hybrides. Dans cette perspective, la société anonyme (SA) et la société à responsabilité limitée (Sàrl), la coopérative et les entités du Code civil, à savoir les associations et les fondations, sont examinées.

1. La société anonyme et la société à responsabilité limitée

La société anonyme (SA)¹⁴ et la société à responsabilité limitée (Sàrl)¹⁵ sont désignées ci-après sous le

laquelle ce modèle ne sera pas développé ici. En Suisse, l'économie sociale est également encouragée par d'autres moyens, les Chambres de l'économie sociale et solidaire par exemple, qui existent notamment dans le canton de Genève, de Vaud et du Jura.

¹⁴ Art. 620 ss CO.

¹⁵ Art. 772 ss CO.

terme « sociétés ». Ces deux types d'entités bien connues ont en principe un ou des but(s) de nature économique.¹⁶ Une société doit donc en principe avoir pour finalité de réaliser des bénéfices en faveur d'elle-même dans un premier temps, mais avec pour objectif ultime d'en faire bénéficier ses actionnaires.¹⁷

Traditionnellement, le droit des sociétés exige des administrateurs qu'ils placent hiérarchiquement la maximisation des bénéfices et la valeur actionnariale (optimisation du rendement financier pour les actionnaires) au-dessus de tout autre objectif. Le concept se traduit par ce que l'on appelle généralement le principe de *shareholders' value* ou *shareholders' primacy*.¹⁸ Le droit suisse des sociétés contient ainsi des mécanismes et des dispositions visant à contraindre les administrateurs à adopter une approche qui profite en premier lieu aux actionnaires. En particulier, les administrateurs ne peuvent pas décider unilatéralement de conserver ou d'utiliser des bénéfices à d'autres fins que leur distribution aux actionnaires.¹⁹

Cette conception plutôt rigide du droit des sociétés se concilie mal avec l'approche plurale des sociétés hybrides ou des entreprises sociales. Le principe de primauté des actionnaires est toutefois de plus en plus remis en question et contrebalancé par d'autres attentes sociétales.²⁰ La responsabilité sociale des entreprises,²¹ les exigences économiques, sociales et morales,²² les attentes en matière d'ESG²³, la prise de conscience accrue des priorités environne-

mentales,²⁴ etc., sont autant de facteurs qui modifient les règles du jeu.²⁵ Les principes et les limites ne sont plus uniquement imposés par les lois des États,²⁶ mais les sociétés sont contraintes, en vertu d'attentes croissantes de la société civile se traduisant en normes sociales et, tôt ou tard, en normes légales,²⁷ de prendre en considération d'autres fins que des objectifs purement économiques.²⁸

En droit suisse des sociétés, on peut au demeurant considérer qu'il existe depuis toujours une base juridique permettant aux entités de poursuivre des objectifs idéaux. En effet, selon l'art. 717 al. 1 du Code des obligations suisse (CO), les membres du Conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, doivent exercer leurs fonctions avec toute la diligence nécessaire et veiller fidèlement aux intérêts de la société, et non pas donc uniquement à ceux des actionnaires. En d'autres termes, il faut tenir compte du fait qu'une société a un intérêt distinct et autonome, lequel diffère de la seule recherche de profit en faveur de ses actionnaires. Cette seule constatation pourrait d'ores et déjà constituer le fondement juridique de la théorie de la *stakeholder value* en droit suisse,²⁹ en ce sens qu'elle permet de prendre des décisions légitimes dans l'intérêt de parties prenantes autres que les actionnaires (par exemple des employés), pour autant que de telles décisions servent également les intérêts de la société à long terme.³⁰

¹⁶ Voir l'art. 620 al. 3 CO *a contrario* pour la SA et l'art. 772 CO pour la Sàrl.

¹⁷ Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur (édit.), *Droit suisse des sociétés*, avec mise à jour 2015 (édition française par Peter Jordanov), Berne 2015, p. 490.

¹⁸ Bahar (n. 4), p. 465 ; Friedman (n. 4).

¹⁹ Jacquemet Guillaume/Peter Henry, *Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance : quelle corrélation ?*, RSDA 2015/3, p. 172.

²⁰ A ce sujet, voir notamment l'analyse de Blanc Mathieu, *Corporate Purpose and Board of Directors : Means and Ends of Corporate Governance*, RSDA 2020/3, p. 226 s.

²¹ Bahar (n. 4), p. 467 ; Peter Henry, *La Corporate Social Responsibility 2.0, concrétisation d'un principe acquis*, Expert Focus 2016/6-7, p. 469 s ; voir également la publication d'économiesuisse, *Corporate Social Responsibility from a Business Perspective*, 1^{er} juillet 2015.

²² Jacquemet/Peter (n. 19), p. 173 et les références citées.

²³ Soit les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance.

²⁴ À titre d'exemple, voir les 17 objectifs de développement durable des Nations Unies du Programme mondial pour 2030.

²⁵ Jacquemet/Peter (n. 19), p. 173 et les références citées.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Neri-Castracane Giulia/Peter Henry, *Einfluss und Wirkung von Corporate Social Responsibility auf den Finanzplatz*, in Bartholet Olivier/Brändli Beat/Schiltknecht Reto/Sester Peter (édit.), *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht : Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen* St-Gall 2018, § 6.

²⁸ *Ibid.* ; McGregor (n. 3) ; voir également la Déclaration publiée par la *Business Roundtable* en 2019 (*Business Roundtable, Opportunity, Our Commitment*, <<https://opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment>> [21.2.2021]).

²⁹ Jacquemet/Peter (n. 19), p. 173 et les références citées.

³⁰ Bahar (n. 4), p. 465 ; Neri-Castracane Giulia, *Les règles de gouvernance d'entreprise par moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise – réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, Collection genevoise, Genève/Zurich 2016, p. 224.

De ce point de vue, on peut soutenir que les entreprises suisses pourraient ne pas avoir besoin d'une nouvelle structure juridique pour poursuivre des buts idéaux, en plus de buts économiques. En d'autres termes, le système juridique actuel prévoit *de lege lata* déjà suffisamment de souplesse à cet égard.

La question qui demeure est cependant de savoir si le droit suisse permet d'aller plus loin et de considérer, voire d'exiger, que les intérêts de toutes les parties prenantes soient pris en compte sur un pied d'égalité, à savoir que la réalisation de bénéfices pour les actionnaires ne soit pas un intérêt supérieur aux autres. Ce concept est désigné par la doctrine anglo-saxonne comme étant la conception dite *stakeholder-mandatory*, par opposition à celle dite *stakeholder-optional*.³¹

2. La société à but non lucratif (art. 620 al. 3 CO)

Une autre possibilité consiste à créer une société à but non lucratif ou, mieux dit, une société à but non économique.³² Selon l'art. 620 al. 3 CO, une société anonyme peut en effet être constituée «en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique»,³³ c'est-à-dire ayant un but idéal ou non lucratif.³⁴ Un tel but peut être apte à favoriser notamment la culture, la philosophie, l'utilité publique, la religion, la poli-

tique ou les loisirs. La faculté de constituer des sociétés à but non économique est également largement admise par la doctrine³⁵ et la jurisprudence du Tribunal fédéral.³⁶ Le Conseil fédéral a d'ailleurs récemment rappelé que l'état actuel du droit suisse autorisait la création de telles sociétés.³⁷ Pourtant, l'utilisation de cette possibilité offerte par le droit suisse demeure très rare en pratique.³⁸

Les raisons peuvent en être les suivantes : considérée comme une alternative à une structure caritative (fondation ou association), la société à but non économique, parce qu'elle est mal connue et pouvant être perçue comme suspecte, risque d'être confrontée à des difficultés en matière de collecte de fonds et de subventions publiques.³⁹ Une telle structure risque également d'être moins à même de bénéficier d'une exonération fiscale. En outre, les exigences du droit suisse sont souvent plus strictes s'agissant des sociétés que des associations et des fondations, par exemple pour ce qui relève des exigences en matière de fonds propres, de devoirs fiduciaires de la direction et des prescriptions légales impératives.⁴⁰ Ce sont là peut-être quelques raisons qui expliquent pourquoi, jusqu'à présent, les entrepreneurs sociaux désireux de poursuivre des buts non économiques ont privilégié les fondations ou les associations par rapport à la création d'une société.

³¹ Cf. notamment McDonnell Brett, The Corrosion Critique of Benefit Corporations, 9 septembre 2019, disponible sur le site SSRN : <<https://ssrn.com/abstract=3450747>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3450747>> (21.2.2021).

³² Bahar (n. 4), p. 460 ; Baumann Lorant Roman/Markowitsch Sandra-Jane, Die gemeinnützige GmbH, Auslegung einer kaum genutzten Alternative zur Stiftung, Expert Focus 2016/3, p. 136 s.

³³ Baudenbacher Carl, in Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (édit.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, ad art. 620 n° 2 ; Lombardini Carlo, in Amstutz Marc/Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita (édit.), Commentaire romand du Code des obligations II, Bâle 2017, ad art. 620 n° 42-43.

³⁴ Il en va de même pour les Sàrl. Avec la réforme du droit suisse en 2007, la condition de l'art. 772 al. 3 aCO (qui prévoyait que les Sàrl ne pouvaient être établies qu'à des fins économiques) a été supprimée, l'objectif étant de confirmer que de telles structures pouvaient être utilisées à des fins économiques ou non. Le rapport du Conseil fédéral sur la modification précitée indique expressément que les Sàrl doivent être autorisées à poursuivre, outre un but économique, un but idéal d'utilité publique. Pfammatter (n. 10), p. 177.

³⁵ Bucheler Rémy/Jabbour Ivan/Matthey Alban/Montavon Michael/Montavon Pascal/Reichlin Jeremy (édit.), Abrégé de droit commercial, Zurich 2017, p. 236 ; Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 490.

³⁶ Arrêt du Tribunal administratif fédéral B_3502/2014 du 25 février 2016, c. 4.1.

³⁷ Interpellation 13.3689 du Conseil national Eric Nussbaumer et déclaration y relative du Conseil fédéral du 12 septembre 2013 (ci-après : «Interpellation 13.3689 et déclaration y relative») et interpellation 18.3455 du Conseil national Fabian Molina et déclaration y relative du Conseil fédéral du 22 août 2018 (ci-après : «Interpellation 18.3455 et déclaration y relative»).

³⁸ Baudenbacher (n. 33), ad art. 620 n° 2 ; voir aussi Pfammatter (n. 10), p. 175 s. Pour quelques exemples de sociétés à but non économique, voir Bui Aurore, Une entreprise à but non lucratif, Bilanz Magazine, 8 décembre 2013, qui cite Sotweb Sàrl, Friends of Humanity SA, CauseDirect SA et Assurethic Sàrl.

³⁹ Cette opinion est partagée par Lorant Baumann/Markowitsch (n. 32).

⁴⁰ Huber Roman/Jakob Dominique/Rauber Katharina, Non-profit Law in Switzerland, in John Hopkins University Working Papers, Working Paper n° 47, mars 2009, p. 16.

3. La société coopérative

La coopérative⁴¹ est une société composée de personnes physiques ou morales (initialement au moins sept⁴²) qui unissent leurs forces dans le but principal de promouvoir ou de sauvegarder leurs intérêts.⁴³ La coopérative peut exercer une activité commerciale à cette fin.⁴⁴

Contrairement aux autres formes sociales du Code des obligations, le but de la coopérative n'est pas de favoriser son intérêt propre, mais, principalement «des intérêts économiques déterminés de ses membres». ⁴⁵ La coopérative a un caractère *ad personam* et repose sur la notion «d'action commune» dans l'intérêt des coopérateurs.⁴⁶

Dans la perspective de la présente analyse, trois facettes de la coopérative sont particulièrement intéressantes :

- (1) Premièrement, du point de vue de ses buts. Selon l'art. 828 al. 1 CO, la coopérative poursuit principalement les intérêts économiques de ses membres, mais elle peut toutefois aussi poursuivre d'autres buts, notamment idéaux.⁴⁷
- (2) Deuxièmement, dans la mesure où l'activité de la coopérative génère un «excédant»⁴⁸, ce dernier ne peut en aucun cas être versé à ses membres sous forme de «dividende». S'il existe des parts sociales, un montant assimilable à un «intérêt» peut être payé à leurs titulaires;⁴⁹ pour les surplus, conformément au principe dit de la

«ristourne» posé à l'art. 859 al. 2 CO,⁵⁰ l'excédant peut être réparti entre les sociétaires «dans la mesure où [ils ont] utilisé les institutions»⁵¹.

- (3) Troisièmement, le principe dit «un homme, une voix». Selon l'art. 885 CO, chaque associé d'une coopérative a droit à une seule voix, quel que soit le nombre de parts sociales qu'il détient. Cette règle reprend le principe de l'égalité de tous les membres, prévu à l'art. 854 CO, et fait partie intégrante de la philosophie sociale de la coopérative.⁵² Par conséquent, (i) aucun membre ne peut prendre le contrôle de la société et (ii) n'existant pas, ce contrôle ne peut être cédé, et en particulier ne peut être vendu.

Au vu de ce qui précède, la coopérative apparaît comme étant un instrument juridique approprié afin de poursuivre simultanément des buts économiques et idéaux, notamment dans la mesure où elle peut promouvoir différents buts et favoriser diverses catégories de parties prenantes. Elle n'est par ailleurs pas centrée sur le profit⁵³ mais permet néanmoins de distribuer un éventuel surplus résultant de son compte de pertes et profits, dans une mesure toutefois qui n'est pas basée sur des critères capitalistes. C'est pourquoi il a été dit qu'elle a *un but économique idéalisé*.

La coopérative a été – et continue d'être – utilisée par de très grandes entreprises, souvent prospères et durables, qui peuvent être considérées, dans une certaine mesure, comme des entreprises hybrides ou sociales précurseurs.⁵⁴ C'est en effet un modèle d'entrepreneuriat social qui existait avant même que ce

⁴¹ Art. 828 926 CO; Pfammatter (n. 10), 175 s.

⁴² Art. 831 al. 1 CO.

⁴³ Chabloz Isabelle, in Amstutz Marc/Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita (édit.), Commentaire romand du Code des obligations II, Bâle 2017, ad art. 828 n° 2; Pfammatter Vincent/Wynne Julie, Philanthropy and Social Entrepreneurship, A Guide to Legal Structures for NGO's and Social Entrepreneurs in Switzerland, Thomson Reuters Foundation 2017, p. 53.

⁴⁴ Huber/Jakob/Rauber (n. 40), p. 14.

⁴⁵ Art. 828 al. 1 CO.

⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 744.

⁴⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 747. A noter que l'art. 86 let. b al. 2 de l'ordonnance sur le registre du commerce, abrogé au 1^{er} janvier 2021, était encore plus souple puisqu'il mentionnait la possibilité d'inscrire au registre du commerce des entités poursuivant uniquement des buts d'utilité publique (à ce sujet, voir Chabloz [n. 43], ad art. 828 n° 17; Forstmoser/Meier-Hayoz [n. 17], p. 748).

⁴⁸ Art. 858 al. 1 CO.

⁴⁹ Art. 858 al. 3 CO.

⁵⁰ Reymond Jacques-André, La coopérative, Traité de droit privé suisse, Volume VIII, Tome III/1, Fribourg 1996, p. 162 s. Neuhaus Markus R./Balkanyi Patrick, in Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (édit.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 5^e éd., Bâle 2016, ad Art. 85 n° 6 et ss. Les conditions suivantes doivent être remplies: (i) la société doit avoir réalisé des bénéfices, (ii) les statuts de la société doivent envisager la possibilité d'une distribution de dividendes, (iii) la distribution doit être effectuée au prorata de la part du capital, et (iv) le pourcentage de la distribution ne peut excéder le taux d'intérêt usuel pour les prêts à long terme sans sûretés spéciales.

⁵¹ Art. 859 al. 2 CO.

⁵² Chabloz (n. 43), ad art. 885 n° 2 s.

⁵³ Reymond (n. 50), p. 4.

⁵⁴ A titre d'exemple, les deux plus grands commerces de détail de produits alimentaires, Coop et Migros, sont des coopératives qui prévoient dans leurs statuts que la société

concept ne soit (re)decouvert et connaisse son essor actuel.

Étonnamment, sous réserve du cas particulier des coopératives d'habitation qui bénéficient d'un regain d'intérêt en Suisse, cette structure juridique est rarement choisie aujourd'hui. De fait, le nombre de coopératives en Suisse baisse, et il est même inférieur à ce qu'il était il y a 50 ans, en particulier dans le secteur à but non lucratif.⁵⁵ Les raisons de ce désamour ne sont pas évidentes. On peut imaginer que certains entrepreneurs sociaux sont frileux à l'idée de choisir une entité qu'ils ne seraient pas en mesure de contrôler, motif qui serait difficile à concilier avec les objectifs qu'un tel entrepreneur souhaite favoriser.

III. Les personnes morales du Code civil

Le fait que les associations et fondations ne soient pas des sociétés au sens du Code des obligations les rend *en soi* impropres à être dogmatiquement considérées comme des *sociétés hybrides* ou *entreprises sociales*. Dans le cas de la fondation, c'est l'absence de capital en mains de tiers actionnaires qui les distingue des autres structures juridiques de l'ordre juridique suisse ; dans celui de l'association c'est à la fois cela et l'absence, *a priori*, de poursuite de but économique.

Néanmoins, les perspectives que les personnes morales du Code civil offrent en termes d'hybridité méritent d'être brièvement analysées dans le présent chapitre.⁵⁶

À titre liminaire, quelques clarifications s'imposent :

- (1) **Une distinction doit être faite entre un «but économique» et une «activité commerciale» :**⁵⁷ Le but, qui peut être économique (lucratif), idéal (non lucratif), ou les deux à la fois, est la finalité de l'entité. L'activité commerciale est le moyen d'atteindre un tel objectif.
- (2) **L'absence d'actionnaires :** les personnes morales du Code civil n'ont pas d'actionnaires car elles n'émettent pas d'actions (ni, plus générale-

ment, de parts sociales) ; elles n'ont en conséquence pas de «propriétaires».⁵⁸ Une association a des membres, mais pas d'actionnaires. Une fondation n'a ni membres, ni actionnaires ; elle n'a que des bénéficiaires. Étant donné que les deux types d'entités n'ont pas d'actionnaires, elles ne peuvent pas leur distribuer de bénéfices⁵⁹ et, n'ayant pas de «propriétaires», ni de personne(s) disposant du droit de les contrôler stablement, elles ne peuvent être «cédées». Ces deux caractéristiques les rendent impropres aux investissements.

- (3) **L'exonération fiscale :** les exonérations fiscales sont essentielles pour les œuvres caritatives mais, en raison des règles fiscales en vigueur en Suisse, elles sont soumises à des exigences strictes, parmi lesquelles le fait de ne pouvoir exercer qu'une activité commerciale limitée. La présente section traite des contraintes de droit civil, tandis que les aspects fiscaux y relatifs seront analysés plus en détail ci-dessous.⁶⁰

1. La fondation

La fondation est généralement considérée comme la structure juridique la plus appropriée pour une organisation d'utilité publique. Les fondations n'ont en principe ni vocation économique, ni activité commerciale, bien que juridiquement rien ne les en empêcherait. Du point de vue du but d'une fondation, il n'y a en effet pas d'entrave ou de restriction juridique au type d'objectif d'une fondation, sous réserve évidemment de la poursuite de buts illicites.⁶¹ Bien qu'initialement controversée en doctrine,⁶² le Tribunal fédéral a ainsi confirmé que rien ne s'oppose à ce qu'une fondation ait un but économique.⁶³ La doctrine récente semble abonder dans ce sens, estimant que le

doit favoriser les intérêts de ses membres, mais aussi de tous les consommateurs et autres parties prenantes.

⁵⁵ Huber/Jakob/Rauber (n. 40), p. 14.

⁵⁶ Pfammatter (n. 10), p. 175 s.

⁵⁷ Pour une analyse plus détaillée de la question, voir Merkt Benoit/Peter Henry, *Utilité publique et activité économique : possibilités et limites de l'exonération fiscale*, Expert Focus 2019/3, p. 209 s et les références citées.

⁵⁸ Wynne Julie, *La société à but non lucratif, un nouveau modèle pour l'entrepreneur social ?*, Newsletter of Sustainable Finance Geneva, 26 mai 2016.

⁵⁹ Merkt/Peter (n. 57), p. 209.

⁶⁰ Cf. *infra* Section V.

⁶¹ Merkt/Peter (n. 57), p. 210, qui cite les références légales appropriées, soit l'art. 52 al. 3 CC et art. 19 et 20 CO.

⁶² Merkt/Peter (n. 57), p. 210 et les références citées ; Vez Parisima, in Foëx Bénédict/Pichonnaz Pascal (édit.), *Commentaire romand Code civil I*, Bâle 2010, ad art. 80 n° 15.

⁶³ ATF 75 II 81 (Fondation *holding*) et ATF 120 II 137, c. 3d ; voir aussi l'ATF 127 III 337, c. 2a et ATF 110 Ib 17, c. 3d ; Merkt/Peter (n. 57), p. 210.

principe de la liberté des fondations doit leur permettre de poursuivre un but économique.⁶⁴

En ce qui concerne l'activité commerciale, une fondation peut aussi l'exercer indirectement, par le biais de la détention de tout ou partie d'une société commerciale (l'on parle alors de fondation *holding* ou « actionnaire »).⁶⁵ Les limitations à ces activités ne sont imposées que par le droit fiscal ;⁶⁶ on y reviendra ci-dessous.⁶⁷

En pratique, les fondations sont toutefois rarement utilisées à des fins économiques, en raison des contraintes de ce type de structure.⁶⁸ L'on pense en particulier au fait qu'une fondation est une structure peu propice à son adaptation et donc à son évolution, son but ne pouvant être modifié qu'à des conditions très restrictives.⁶⁹ En outre, les fondations sont les seules entités juridiques en Suisse à être soumises à la surveillance d'une autorité étatique en raison de leur forme juridique.

2. L'association

Selon les art. 60 al. 1 CC et 91 ORC, une association ne peut en principe *pas* poursuivre de but économique.⁷⁰ Elles doivent impérativement viser la réalisation d'un but idéal,⁷¹ dont des exemples sont donnés par l'art. 60 al. 1 CC, à savoir les buts liés à la politique, la religion, la science, l'art, la bienfaisance ou les activités récréatives.⁷² Selon la doctrine, pour-

suivre un but économique signifie, pour une association, exercer une activité commerciale générant des bénéfices et les distribuer à ses membres.⁷³ Si une entreprise veut réaliser un bénéfice et le distribuer à ses membres, elle doit opter pour une autre forme juridique, prévue par le Code des obligations.⁷⁴

Il existe toutefois des situations dans lesquelles des associations peuvent être impliquées dans des activités commerciales, voire avoir un but économique, sous certaines conditions :

- (1) En premier lieu, une association peut exercer une activité commerciale, pour autant que les bénéfices qu'elle en retire profitent à des tiers, à l'exclusion de ses membres.⁷⁵ Dans un tel cas, l'association est généralement considérée comme poursuivant un but idéal.
- (2) D'autre part, en l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (dont il n'est pas illégitime de douter du bienfondé), une association peut avoir un but économique, *pour autant qu'elle n'exerce pas elle-même une activité commerciale*.⁷⁶ C'est le cas par exemple des associations professionnelles,⁷⁷ des syndicats ou des associations patronales.⁷⁸ Ces associations représentent ou défendent les intérêts économiques de leurs membres, mais elles ne réalisent pas de profits et en tout cas ne les distribuent pas à ces derniers.⁷⁹ Si une association envisage la poursuite d'un but économique et, simultanément, l'exercice d'une activité commerciale, le droit ap-

⁶⁴ Grüniger Harold, in Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (édit.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 6^e éd., Bâle 2018, ad art. 80 n° 17–22 ; Merkt/Peter (n. 57), p. 210.

⁶⁵ Bottge Delphine, Shareholder Foundations (Holding Foundations) in Switzerland : Overview from a Legal Perspective, Expert Focus 2019/3, p. 180 s ; Merkt/Peter (n. 57), p. 210 ; Riemer Hans Michael, Rechtsprobleme der Unternehmensstiftungen, ZBJV 116/1980, 489 s.

⁶⁶ Merkt/Peter (n. 57), p. 210.

⁶⁷ Cf. infra Section V.

⁶⁸ ATF 127 III 337.

⁶⁹ Voir art. 86–86b du Code civil suisse. Pfister Loïc (avec la collaboration de Lurà Filippo), La fondation : Guide pratique des personnes morales et des sociétés, Zurich 2017, p. 166.

⁷⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 133.

⁷¹ ATF 127 III 337, c. 2B ; voir également Merkt/Peter (n. 57), p. 209.

⁷² Art. 60 al. 1 CC ; le CC prévoit des exemples et non une liste complète ; Scherrer Urs/Brägger Rafael, in Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (édit.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 6^e éd., Bâle 2018, ad art. 60 n° 4.

⁷³ Chappuis Christine/Perrin Jean-François (édit.), Droit de l'association, 3^e éd., Zurich 2008, p. 3, 4 et 5 ; Hari Olivier/Jeanerret Vincent, in Foëx Bénédicte/Pichonnaz Pascal (édit.), Commentaire romand du Code civil I, Bâle 2010, ad art. 60 n° 7 et 14 ; Scherrer/Brägger (n. 72), ad art. 60 n° 5.

⁷⁴ Chappuis/Perrin (n. 73), p. 3.

⁷⁵ Hari/Jeanerret (n. 73), ad art. 60 n° 14 et 8.

⁷⁶ ATF 90 II 333, c. 7 : « [...] une association n'a un but économique – qui l'empêche d'acquérir la personnalité morale – que si elle exerce elle-même une industrie en la forme commerciale. En revanche, les groupements qui se proposent des objectifs économiques généraux, sans exercer eux-mêmes une telle activité, demeureront constitués en associations ». À cet égard, voir également Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 134 s.

⁷⁷ Chappuis/Perrin (n. 73), p. 3, qui citent la jurisprudence pertinente, en particulier l'ATF 131 III 97, c. 3.1 ; Hari/Jeanerret (n. 73), ad art. 60 n° 8 et 14 ; ATF 90 II 333, c. 7.

⁷⁸ Chappuis/Perrin (n. 73), p. 4 ; Forstmoser/Meier-Hayoz (n. 17), p. 801.

⁷⁹ Chappuis/Perrin (n. 73), p. 4.

plicable aux sociétés commerciales trouve application et l'entité doit être restructurée sous la forme d'une société (art. 59 al. 2 CC).⁸⁰

Pour une association, avoir un but hybride ou mixte n'est exclu ni par la loi, ni par la jurisprudence,⁸¹ même si cela est critiqué par certains auteurs.⁸² Cependant, lorsqu'une association a un but économique, même partiellement, ce qui est le cas des structures hybrides ou des entreprises sociales, cela l'empêche, en l'état actuel de la jurisprudence fédérale, d'exercer une activité commerciale. C'est pourquoi une association est difficilement apte à servir de cadre juridique aux initiatives hybrides ou aux entreprises sociales au sens strict.

IV. Le label B-Corp

Le label B-Corp résulte d'une initiative dont le but est l'élaboration de normes d'évaluation et de systèmes de certification visant à mesurer l'impact social et environnemental d'une entreprise.⁸³ Il est né notamment en raison de l'absence, dans de nombreux pays, dont la Suisse, d'un statut juridique dédié permettant de répondre aux besoins et aux objectifs des entreprises hybrides ou sociales, ainsi que de la volonté de disposer de critères comparables sur le plan international.

La certification B-Corp est le résultat d'une évaluation effectuée par B-Lab, une organisation à but non lucratif globale qui soutient une communauté de personnes utilisant le monde des affaires comme une force pour l'intérêt général.⁸⁴ Un examen minutieux mesure la performance sociale et environnementale de l'entité concernée et évalue de manière globale la manière dont les opérations et le modèle d'affaires de l'entreprise ont un impact sur les employés, la communauté, l'environnement et les clients.⁸⁵ Le label est

ainsi accordé à des entreprises dont le centre des préoccupations est l'impact (positif) et non pas seulement la recherche d'une performance économique.

La certification B-Corp n'est pas un constat ponctuel, mais un processus qui requiert un engagement continu. Une première évaluation est suivie d'une surveillance et d'une réévaluation périodique qui encourage les initiatives visant à améliorer en permanence l'entreprise. Il existe de nombreux exemples dans le monde d'entreprises labellisées B-Corp qui sont prospères sur le plan commercial, tels Patagonia,⁸⁶ Ben & Jerry's⁸⁷ (une filiale du groupe Unilever),⁸⁸ Kickstarter⁸⁹ ou encore Nature & Découvertes.⁹⁰

Il est difficile de trouver des inconvénients à ce label pour ceux qui l'adoptent. L'une des difficultés rencontrées par les entreprises qui ont adhéré au système de certification B-Corp est qu'elles doivent répondre aux attentes qu'elles créent. Elles sont ainsi plus exposées à la critique si ces attentes sont déçues.

En Suisse, le mouvement B-Corp est assez récent.⁹¹ La première certification B-Corp a été délivrée en 2014, la seule cette année-là. À ce jour, on compte quarante-deux sociétés certifiées B-Corp, dans tous les secteurs de l'économie, parmi lesquels l'on peut relever Evian Volvic Suisse, Lombard Odier et Banque Raiffeisen Région Genève Rhône.⁹²

Du point de vue juridique, une entreprise qui souhaite être labellisée B-Corp doit refléter ses engagements dans ses statuts. Cela implique en principe une modification de ceux-ci indiquant que la société poursuivra non seulement ses intérêts et ceux de ses actionnaires, mais également qu'elle souhaite avoir un impact positif significatif sur la Société et l'environnement dans son ensemble. Cela suppose que la société accepte de considérer que la valeur action-

⁸⁰ Hari/Jeanerret (n. 73), ad art. 60 n° 14.

⁸¹ ATF 90 II 333, c. 3.

⁸² Scherrer/Brägger (n. 72), ad art. 60 n° 11.

⁸³ Pfammatter (n. 10), p. 175 s; Ventura (n. 8), p. 170. B Corporation, *About B Lab*, <<https://bcorporation.net/about-b-lab>> (21.2.2021). B Corporation, *About B Lab*, <<https://bcorporation.net/about-b-lab>> (21.2.2021).

⁸⁴ Voir <<https://bcorporation.net/about-b-lab>> et dans sa version suisse <<https://fr.blab-switzerland.ch/>>.

⁸⁵ Richterich Rachel, Andrew Kassoy: « Prospérité et durabilité sont compatibles » pour B Corp, *Le Temps*, 1^{er} avril

2019; B Corporation, *Certification*, <<https://bcorporation.net/certification>> (21.2.2021).

⁸⁶ B Corporation, *B Impact Report: Patagonia Works*, <<https://bcorporation.net/directory/patagonia-inc>> (21.2.2021).

⁸⁷ B Corporation, *B Impact Report: Benand Jerry's*, <<https://bcorporation.net/directory/ben-and-jerrys>> (21.2.2021).

⁸⁸ Richterich (n. 85).

⁸⁹ B Corporation, *B Impact Report: Kickstarter PBC*, <<https://bcorporation.net/directory/kickstarter-pbc>> (21.2.2021).

⁹⁰ B Corporation, *B Impact Report: Nature et Découvertes*, <<https://bcorporation.eu/directory/nature-et-decouvertes>> (21.2.2021).

⁹¹ Pfammatter (n. 10), p. 175 s.

⁹² B Corporation, *B Corp Directory*, <<https://bcorporation.eu/directory>> (21.2.2021).

nariale n'est pas prépondérante – en tout cas pas à court terme – et que celle-ci n'est qu'un facteur parmi d'autres que les membres de l'organe dirigeant doivent prendre en considération dans la conduite des affaires.

En l'état actuel du droit suisse les B-Corp ne bénéficient pas *ipso facto* d'exonérations fiscales. A l'aune des critères fiscaux applicables en l'état, elles restent en principe des entités à but économique et sont imposées en tant que telles.⁹³

V. Aspects fiscaux choisis

La présente section n'aborde pas les principes généraux de l'exonération fiscale, lesquels sont bien connus,⁹⁴ mais se concentre sur trois aspects particuliers, à savoir l'exonération fiscale (1) des sociétés du Code des obligations, (2) des entités à buts idéaux exerçant une activité commerciale et (3) des personnes morales poursuivant des buts hybrides.

1. Exonération fiscale des sociétés du Code des obligations

Le droit suisse ne limite pas les exonérations fiscales aux fondations ou aux associations.⁹⁵ L'art. 56 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) fait en effet référence aux personnes morales, sans restriction quant à leur type. La Circulaire n° 12 de l'Administration fédérale des contributions admet d'ailleurs expressément que, quelle que soit leur forme juri-

dique, les entreprises peuvent bénéficier de l'exonération fiscale à certaines conditions.⁹⁶

En ce qui concerne les sociétés de capitaux (en particulier la SA et la Sàrl), la principale question relative à une éventuelle exonération fiscale réside dans le fait qu'elles ont un capital divisé en actions. Lors de l'achat ou de la souscription d'actions, les actionnaires deviennent en substance « propriétaires » d'une quote-part de la société. Ces actions peuvent être négociées et vendues à des tiers, et les actionnaires peuvent ainsi quitter l'entité en percevant une rémunération (prix) pour leur investissement.⁹⁷ Cela enfreint le principe de l'irrévocabilité de l'affectation des fonds, en ce sens que l'on peut considérer que les fonds investis dans la société sont de cette manière restitués ultérieurement à l'investisseur.

Une deuxième restriction réside dans la distribution de dividendes, celle-ci n'étant pas autorisée de la part d'entités exonérées. En effet, selon le principe d'exclusivité, tous les bénéfices doivent être utilisés à des fins d'utilité publique.⁹⁸ Ils ne peuvent donc pas être versés en tout ou partie aux actionnaires, ce qui est difficilement conciliable avec la logique d'un investissement financier soit en principe octroyé à ceux qui mettent des capitaux propres à disposition de la société.

Certains auteurs soutiennent que, pour contourner ces obstacles, les statuts pourraient limiter les transferts d'actions et interdire la distribution de dividendes.⁹⁹ Sauf dans quelques cas exceptionnels, ces mesures semblent toutefois insuffisantes à convaincre les autorités compétentes d'exonérer fiscalement les entreprises ayant adopté la forme de la SA ou de la Sàrl, même si elles poursuivent des buts d'utilité publique.¹⁰⁰

2. Exonération fiscale d'entités ayant un but idéal et une activité commerciale

Du point de vue du droit civil, rien n'empêche une fondation, une association ou une société d'avoir si-

⁹³ Cf. *infra* Section V.

⁹⁴ Voir l'art. 56 let. g de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur les impôts directs (LIFD), RS 642.11 et l'art. 23 al. 1 let. f de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), RS 642.14; Administration fédérale des contributions, Circulaire n° 12, Exonération de l'impôt pour les personnes morales poursuivant des buts de service public ou de pur utilité publique (art. 56 let. g LIFD) ou des francs cultuels (art. 56 let. h LIFD); déductibilité des versements bénévoles (art. 33, 1^{er} al., let. i et art. 59 let. c LIFD) (ci-après: «Circulaire n° 12»); Laffely Maillard Gladys/Urech Nicolas, in Aubry Girardin Florence/Noël Yves (édit.), Commentaire romand de la Loi sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd, Bâle 2017, ad art. 56 LIFD, p. 1028 s; Lideikyte Huber Giedre, Activité à but lucratif d'une entité d'utilité publique exonérée d'impôt: notion et limites, Expert Focus 2019/3, p. 215; Pfammatter/Wynne (n. 43), p. 13; Pfister (n. 69), p. 239.

⁹⁵ Laffely Maillard/Urech (n. 94), ad art. 56 LIFD n° 53.

⁹⁶ Circulaire n° 12 (n. 94), p. 2.

⁹⁷ Baumann Lorant/Markowitsch (n. 32), p. 166.

⁹⁸ Interpellation 13.3689 et déclaration y relative (n. 37).

⁹⁹ Laffely Maillard/Urech (n. 94), ad art. 56 LIFD n° 53.

¹⁰⁰ Voir l'interpellation 13.3689 et déclaration y relative (n. 37). Pour de plus amples informations à ce sujet, cf. *infra* Section VI; Pfammatter (n. 10), p. 177; Pfammatter/Wynne (n. 43), p. 14 et 43.

multanément un but idéal (ou plutôt « d'utilité publique » dans la terminologie fiscale) et une activité commerciale. Ces restrictions sont toutefois imposées par des prescriptions fiscales qui limitent fortement la possibilité pour les entités exonérées d'exercer une activité commerciale.¹⁰¹

La (prétendue) raison d'être de cette restriction est que la neutralité concurrentielle serait affectée, en ce sens qu'une exonération fiscale accordée par l'État constituerait un avantage concurrentiel, voire une forme de subvention, car les concurrents de l'entité qui ne bénéficient d'aucune exonération fiscale seraient comparativement désavantagés. Il en résulterait une concurrence déloyale, voire une distorsion de la concurrence.¹⁰²

Cette position adoptée jusqu'à présent par les autorités fiscales suisses et jusqu'ici avalisée par le Tribunal fédéral est de plus en plus critiquée en doctrine. Il est en effet devenu nécessaire pour la plupart des organismes à buts idéaux d'avoir un certain niveau d'activité commerciale permettant de générer des recettes.

En outre, le fait que ces organismes poursuivent un but d'utilité publique signifie qu'il n'existe pas de véritable rapport de concurrence entre eux et d'autres entités à but économique ; leur but et donc leur situation étant différents, il se justifie de les traiter différemment. Enfin, une limitation de l'activité commerciale pourrait être imposée, comme l'a suggéré le Tribunal fédéral, ce qui empêcherait également une distorsion de la neutralité concurrentielle.¹⁰³

3. Exonération fiscale d'entités poursuivant des buts hybrides

Une entité hybride qui poursuivrait parallèlement un but économique et un but idéal pourrait, du moins en théorie, requérir une exonération partielle. Cela devrait permettre de réunir, dans le chef d'une même entité, une activité commerciale imposable, d'une

part, et une activité à but idéal fiscalement exonérée, d'autre part. Bien que cette solution existe, elle est rarement mise en œuvre dans la pratique.¹⁰⁴

VI. Les initiatives

Les initiatives législatives visant à promouvoir l'adoption d'une nouvelle forme juridique destinée aux entreprises sociales ou hybrides se heurtent systématiquement, en Suisse, à la même interrogation : une telle nouvelle structure est-elle réellement nécessaire ou le système juridique existant répond-il déjà aux besoins, dans la mesure où ils sont légitimes ?

Deux tentatives importantes, mais infructueuses, ont été menées pour inciter le Conseil fédéral à s'orienter vers la création d'une nouvelle forme juridique pour les entreprises sociales ou les sociétés hybrides.¹⁰⁵

1. Interpellation 13.3689 du Conseil national Eric Nussbaumer (2013)

La première de ces deux initiatives date de 2013 et a été initiée par le Conseiller national socialiste *Eric Nussbaumer*.¹⁰⁶ Selon lui, au cours des dernières années de nombreuses initiatives ont vu le jour dans le but non seulement de maximiser les bénéfices, mais aussi de favoriser des buts d'utilité publique (par exemple des activités centrées sur la décontamination des sols ou les défis sociaux). Reconnaisant que d'autres pays s'efforçaient de structurer et de soutenir de telles sociétés, *Eric Nussbaumer* a sollicité du Conseil fédéral qu'il prenne position.¹⁰⁷

¹⁰¹ *Merkt/Peter* (n. 57), p. 210 ; *Lideikyte Huber* (n. 94), p. 216.

¹⁰² *Lideikyte Huber* (n. 94), p. 216 et les références citées ; *Merkt/Peter* (n. 57), p. 210 ; ATF 121 I 279, c. 4a.

¹⁰³ Ces suggestions ont été développées par *Merkt* et *Peter* dans *Merkt/Peter* (n. 57), p. 209 s. Voir aussi, OECD (2020), *Taxation and Philanthropy*, OECD Tax Policy Studies, No. 27, OECD Publishing, Paris, p. 31 s. et 133–134 <<https://doi.org/10.1787/df434a77-en>>.

¹⁰⁴ *Lideikyte Huber* (n. 94), p. 217 ; *Pfammatter/Wynne* (n. 43), p. 14.

¹⁰⁵ Interpellation 13.3689 et déclaration y relative (n. 37) ; Interpellation 18.3455 et déclaration y relative (n. 37). Par souci d'exhaustivité, il convient de mentionner qu'une initiative n° 14.470 du Conseiller d'Etat *Werner Luginbühl* est actuellement à l'étude auprès du Parlement suisse et vise à renforcer l'attrait de la Suisse pour les fondations. Cette initiative comporte des éléments juridiques et fiscaux qui pourraient modifier le panorama juridique des fondations à l'avenir, bien qu'elle n'ait pas d'impact significatif sur les entités hybrides.

¹⁰⁶ La partie suivante se fonde sur l'interpellation 13.3689 et la déclaration y relative (n. 37).

¹⁰⁷ La présente publication présente une sélection non-exhaustive de la partie la plus pertinente de l'échange entre *Eric Nussbaumer* et le Conseil fédéral.

En réponse, le Conseil fédéral a concédé que la Confédération ne disposait pas de statistiques officielles concernant de telles entreprises sociales. Il a toutefois rappelé qu'une entité commerciale pouvait poursuivre d'autres buts que la seule maximisation de ses bénéfices (c'est-à-dire poursuivre aussi des buts idéaux et/ou d'utilité publique),¹⁰⁸ et que la possibilité de créer une association ou une fondation poursuivant des buts d'utilité publique existait depuis toujours. Sur cette base, le Conseil fédéral a estimé qu'il n'y avait pas lieu de modifier le cadre réglementaire des sociétés. Fort de cette logique, le Conseil fédéral a rejeté l'idée d'analyser de manière approfondie si le modèle des *US Benefit Corporation*¹⁰⁹ pouvait être transposé dans notre ordre juridique, admettant cependant que le droit suisse ne contenait pas de modèle équivalent.

2. Interpellation 18.3455 du Conseil national Fabian Molina (2018)

Une seconde tentative fut faite cinq ans plus tard, en 2018, par le Conseiller national socialiste *Fabian Molina*.¹¹⁰ Dans sa déclaration, *Fabian Molina* a souligné que l'entrepreneuriat social gagnait en importance en Suisse, comme c'est le cas partout dans le monde. Il a donc interrogé le Conseil fédéral sur l'évolution de sa position à cet égard et reçu les réponses suivantes.¹¹¹

En ce qui concerne le cadre juridique, le Conseil fédéral a réaffirmé sa position selon laquelle le système normatif en vigueur en Suisse était suffisant pour permettre aux entreprises sociales de déployer leurs activités.

Il a par ailleurs fait savoir que la priorité pour le Conseil fédéral était de mettre l'accent sur la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).¹¹² De l'avis du Conseil fédéral, les entreprises qui tiennent dûment compte de la RSE dans toutes leurs activités contribuent à la réalisation des Objectifs de développement

durable des Nations Unies et, même si la RSE diffère de l'entrepreneuriat social, elle vise des objectifs comparables.

Enfin, le Conseil fédéral a réaffirmé qu'il n'était pas disposé à créer un nouveau type de structure juridique, propre aux entreprises sociales, et qu'il n'entendait pas non plus prévoir une définition officielle de l'entrepreneuriat social. Il a cependant indiqué qu'il soutenait les initiatives privées dans ce secteur, tel le mouvement B-Corp, mais qu'il n'avait pas pour intention de s'immiscer dans de telles initiatives.

3. Plan d'action du Conseil fédéral (janvier 2020)

Pour être complet il convient encore de relever deux récentes interventions du Conseil fédéral qui a adopté, début 2020, deux plans d'action : l'un concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement (RSE),¹¹³ l'autre intitulé « entreprises et droit de l'homme »,¹¹⁴ confirmant ainsi l'engagement de la Confédération en faveur du développement durable, mais également d'une conduite responsable des entreprises. Bien qu'il ne s'agisse pas de normes contraignantes pour les entreprises, ces plans d'actions affirment l'attente du Conseil fédéral de voir les entreprises suisses respecter « volontairement les principes internationaux de conduite responsable ». ¹¹⁵

VII. Conclusions et propositions

Le droit suisse des sociétés n'a pas été conçu en envisageant qu'il puisse servir de cadre aux entreprises sociales ou aux sociétés hybrides, si bien qu'il n'existe actuellement dans notre pays aucune forme juridique spécifiquement dédiée à ce genre d'initiatives.¹¹⁶

Le droit suisse des sociétés est toutefois suffisamment souple pour permettre la prise en compte d'autres intérêts que ceux historiquement envisagés

¹⁰⁸ Voir ci-dessus Section II.

¹⁰⁹ Dans le texte de l'interpellation, référencé à <<http://benefitcorp-net/>>.

¹¹⁰ La partie suivante se base sur l'interpellation 18.3455 et la déclaration y relative (n. 37).

¹¹¹ La présente publication présente une sélection non-exhaustive de la partie la plus pertinente de l'échange entre *Fabian Molina* et le Conseil fédéral.

¹¹² A ce sujet, voir aussi *Blanc* (n. 20), p. 232.

¹¹³ Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement. État de la mise en œuvre 2017–2019 et plan d'action 2020–2023, du 15 janvier 2020.

¹¹⁴ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Plan d'action national de la Suisse 2020–2023, du 15 janvier 2020.

¹¹⁵ *Blanc/Chenaux* (n. 4).

¹¹⁶ *Pfammatter* (n. 10), p. 177.

par le législateur. Les sociétés de capitaux peuvent ainsi exprimer dans leurs statuts leur intention de poursuivre de multiples buts, dont certains peuvent être de nature non économique, donc idéaux.¹¹⁷ À cela s'ajoute le fait que des « labels » comme B-Corp permettent aux sociétés suisses d'adhérer à des principes responsables, et de le faire savoir. De ce fait, le législateur suisse ne semble en l'état pas disposé à développer le cadre juridique en vue de la création d'un nouveau statut de société.

Il convient d'admettre que l'approche suisse n'est pas nécessairement critiquable car, à la différence d'autres pays dans lesquels le droit en vigueur interdirait une approche favorisant à la fois des buts économiques et idéaux, force est de reconnaître que le droit suisse offre la flexibilité requise, du moins dans une certaine mesure.

Malgré cela, un statut juridique spécifique pour les entreprises sociales ou les sociétés hybrides pourrait être recommandable, pour les raisons suivantes :

- Premièrement, une réglementation spécifique de telles initiatives simplifierait et clarifierait ce statut et enverrait un signal fort que de telles structures sont non seulement possibles mais également encouragées en Suisse.
- Deuxièmement, ce serait l'occasion de clarifier le traitement fiscal de ces structures et de les favoriser.
- Troisièmement, cela pourrait encourager de telles entreprises à aller plus loin, en reconnaissant, voire en imposant, le principe selon lequel les intérêts de toutes les parties prenantes puissent – voire doivent – être pris en compte au même titre (conception dite *stakeholder-mandatory*, par opposition à celle dite *stakeholder-optional*).¹¹⁸

Les avantages découlant de la création d'un nouveau type de forme juridique doivent toutefois être mis en balance avec ses inconvénients. Des voix se font entendre, en Suisse et à l'étranger, contre l'idée d'introduire les sociétés hybrides ou sociales comme nouvelle alternative légale, car cela pourrait avoir pour conséquence négative de scinder les sociétés entre les « bonnes » (les *sociétés hybrides* ou *sociales*) et les autres, qui seraient en quelque sorte stigmatisées. Telle est la position défendue pour l'instant par le

gouvernement suisse.¹¹⁹ Certains auteurs ont également mis en garde contre l'effet d'exclusion, voire d'ostracisme, que pourrait avoir l'introduction d'un tel statut.¹²⁰

Au vu de ce qui précède, une solution pourrait consister à instaurer des changements applicables en quelque sorte « transversalement » à toutes les formes juridiques. Dans une telle perspective, toutes les sociétés pourraient être appelées à faire certains efforts en vue de favoriser les SDG, et donc une économie plus durable.¹²¹ Afin de stimuler une telle approche, certains avantages fiscaux pourraient être accordés.¹²² Ce système est proche de celui récemment adopté par le gouvernement français.¹²³ Des allègements fiscaux pourraient par ailleurs être instaurés en faveur des investisseurs qui financeraient de telles sociétés. Ce système existe déjà depuis de nombreuses années, avec succès, au Royaume-Uni¹²⁴ et aux Pays-Bas.¹²⁵

¹¹⁹ Interpellation 18.3455 et déclaration y relative (n. 37).

¹²⁰ Cf. notamment McDonnell (n. 31).

¹²¹ Cette idée est mise en avant au Royaume-Uni par un projet de loi intitulé « Responsible Business Bill » qui vise à modifier de manière significative la loi britannique sur les sociétés de 2006. Aux Etats-Unis, un débat similaire a lieu autour du *Accountable Capitalism Act* proposé en 2018 par la sénatrice Elisabeth Warren ; à ce sujet, voir Blanc (n. 20), p. 235.

¹²² OECD (2020), *Taxation and Philanthropy*, OECD Tax Policy Studies, No. 27 (n. 103).

¹²³ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi PACTE) et le modèle d'entreprise à mission.

¹²⁴ Depuis 2014, avec la mesure *Social Investment Tax Relief* (SITR). Voir à ce propos Peter Henry/Lideikyte Huber Giedre, *Encouraging Sustainable Investment through Direct Tax Relief: Swiss and EU State Aid Legal Framework*, IFF Forum für Steuerrecht, août 2020, p. 210.

¹²⁵ Depuis 1995, le *Green Funds Scheme* des Pays-Bas. Peter/Lideikyte-Huber (n. 124), p. 211.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Cf. notamment McDonnell (n. 31).