



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

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

Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle?

Bahar, Rashid

How to cite

BAHAR, Rashid. Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle? In: Vers les sommets du droit : Liber amicorum pour Henry Peter. Rita Trigo Trindade, Rashid Bahar et Giulia Neri-Castrane (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2019. p. 459–480.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:145417>

Philanthropie et but lucratif : la quadrature du cercle ?

Sommaire

Page

Introduction	460
I. L'activité lucrative, un geste philanthropique ?	460
A. L'activité lucrative, garante de la prospérité sociale.....	460
B. Le respect de la loi comme limite.....	462
C. Un comportement responsable	463
II. La philanthropie est-elle compatible avec le but lucratif ?	464
A. Le but lucratif comme limite à la philanthropie	464
B. Philanthropie : un moyen de poursuivre le but lucratif	466
C. Philanthropie : une activité socialement responsable.....	467
D. Quelques cas de figure typiques	468
III. Mise en œuvre : le gouvernement d'entreprise	470
A. Compétence.....	470
B. Pouvoir d'appréciation.....	471
C. Les limites du pouvoir d'appréciation.....	473
Conclusion.....	475
Bibliographie	476

* Professeur à l'Université de Genève, avocat.

Introduction

Une société anonyme à but lucratif peut-elle être philanthrope ? Voilà la question à laquelle je me propose de répondre dans le cadre de la présente contribution. L'objet de cette contribution n'est pas de répondre à la question de savoir si une société anonyme peut poursuivre un but non lucratif : la réponse est affirmative¹. Ce qui m'intéresse est de savoir si une société anonyme commerciale « normale » peut valablement utiliser une partie de ses ressources à des fins philanthropiques. Peut-elle œuvrer pour le bien commun ? Peut-elle faire des donations, soutenir les arts ou une cause humanitaire sans espérer en tirer un profit direct ou indirect² ? En pratique, le phénomène est indéniable³. En revanche, le cadre juridique est moins clairement circonscrit. Cette contribution est aussi pour moi l'occasion de revisiter la problématique de l'intérêt social, un sujet de nombreuses discussions que j'ai partagées avec Henry Peter lorsqu'il dirigeait ma thèse⁴.

I. L'activité lucrative, un geste philanthropique ?

A. L'activité lucrative, garante de la prospérité sociale

Avant de répondre à cette question, toutefois, il me paraît important de dissiper un malentendu : l'activité économique menée dans un but lucratif ne signifie pas œuvrer contre le bien commun. Au contraire, pour reprendre le titre d'un éditorial polémique de Milton Friedman, « *The social responsibility of business is to increase*

¹ Voir l'art. 620 al. 3 CO et art. 706 al. 2 ch. 4 CO ; voir PFAMMATER, VINCENT, p. 177. Voir aussi II.A *infra*. Cependant, peu de sociétés anonymes poursuivent un but non lucratif. Un cas particulier concerne les filiales qui, par une disposition statutaire idoine, ont renoncé au but lucratif afin de soutenir financièrement des sociétés du groupe. Voir, p.ex., GLANZMANN, LUKAS, p. 238 ; WATTER, ROLF / NEUHAUS, MARKUS p. 192. Leur altruisme apparent n'est que la réponse à une vision trop restrictive de l'intérêt social, excluant la notion d'un intérêt de groupe. Voir PETER, HENRY, p. 132. Voir aussi ATF 138 II 57, c. 4.1, 61 (au regard du droit fiscal) et plus généralement, CHENAUX, JEAN-LUC / BEROD, GUY, p. 349.

² A dessein, je n'aborde pas la question des contributions politiques des sociétés commerciales. Voir à ce sujet notamment JUTZI, THOMAS, pp. 257-259 ; MÜLLER, KARIN, *passim*. Voir aussi l'art. 734c^{bis} P-CO de la Proposition de la minorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 19 mai 2019 visant à inclure dans le rapport de rémunération le montant des dons à des fins politiques.

³ Voir JUTZI, THOMAS, pp. 251-252.

⁴ Voir BAHAR, RASHID, pp. 99-119 et, en particulier, pp. 105-109 et pp. 116-119.

its profits »⁵. Cette proposition constitue typiquement le contre-point pour une réflexion en faveur de la reconnaissance de la responsabilité sociale des entreprises. Cependant, elle s'inscrit dans une longue tradition intellectuelle qui remonte à Adam Smith. : « *It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own self-interest. We address ourselves not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages* »⁶. La généalogie de cette approche souligne que la thèse n'est pas seulement de nature économique, mais revêt une dimension morale. Adam Smith s'était inspiré de Bernard Mandeville lequel avait argumenté, dans sa fable des abeilles, que des vices privés pouvaient contribuer à la vertu publique⁷. En d'autres termes, poursuivre un but lucratif contribue au bien-être de l'humanité et revêt un effet philanthropique⁸.

Dans le contexte des sociétés anonymes modernes, il faut se rappeler que les sociétés pharmaceutiques contribuent à la santé de l'humanité avant tout par leur activité commerciale : la lutte contre nombre de maladies n'est pas seulement le fruit d'une activité altruiste ; elle revêt cependant un effet philanthropique évident. Les sociétés agro-alimentaires nourrissent l'humanité en réalisant un profit. Même la finance contribue à servir le bien-commun : que ce soit en permettant à nombre de familles d'acquérir leur résidence, même lorsqu'elles ne disposent pas des liquidités nécessaires pour ce faire ; en permettant à l'entrepreneur qui, pour paraphraser le slogan bien connu, n'a pas d'argent, mais des idées, de se financer ; en mutualisant le risque dans le domaine de l'assurance pour le rendre supportable⁹. Bref, même si l'activité est poursuivie dans un but lucratif, son effet philanthropique est indéniable.

En synthèse, la poursuite du profit ne doit pas être considérée comme moins noble que la philanthropie, mais au contraire encouragée comme moyen de contribuer au bien commun. Dans de nombreuses situations, il peut être plus efficient et

⁵ FRIEDMAN, MARTIN, p. 33.

⁶ SMITH, ADAM, p. 27. Voir BÉNABOU, ROLAND / TIROLE, JEAN, p. 1.

⁷ Voir généralement MANDEVILLE, BERNARD, *passim*. Plus encore, Pierre Nicole, le théologien de l'école de Port-Royal voyait la poursuite de l'amour-propre comme le fondement de la société civile, alors que la condition humaine empêche de percevoir la volonté divine et connaître l'amour de Dieu. NICOLE, PIERRE, p. 182.

⁸ C'est ainsi que Lloyd C. Blankfein, CEO de Goldman Sachs, a choqué en affirmant que les banques, et la sienne en particulier, contribuait à l'œuvre de Dieu (« *doing God's work* »). Voir Dealbook, <https://dealbook.nytimes.com/2009/11/09/goldman-chief-says-he-is-just-doing-gods-work/> (consulté le 13 août 2019).

⁹ Voir SHILLER, ROBERT, *passim* (sur la finance et le bien commun). C'est ce que Lloyd Blankfein dans l'entretien mentionné à la note précédente essayait d'exprimer de façon quelque peu arrogante.

préférable pour le bien commun de compter sur le marché et une saine concurrence plutôt que sur des actes de nature caritative¹⁰.

B. Le respect de la loi comme limite

La poursuite du profit ne saurait, cependant, être exercée dans un vide complet : si la théorie micro-économique néoclassique a démontré qu'un mécanisme de marché pouvait parvenir à une allocation optimale des marchés, elle souligne aussi que des conditions non-triviales doivent être satisfaites. C'est, dans ce contexte, que l'économie institutionnelle prend le relais : elle souligne qu'un marché efficient suppose un cadre institutionnel solide : des droits de propriété clairement attribués, un système juridique qui assure le respect des conventions conclues et, plus généralement, de la loyauté en affaires. Plus encore, il requiert un cadre réglementaire qui veille au maintien de la concurrence, comble les problèmes d'asymétrie d'information et répond aux externalités, sans être capturé par des intérêts particuliers¹¹.

C'est là le rôle notamment de la loi et de la réglementation. Milton Friedman l'avait souligné : la poursuite du profit doit se faire dans le respect de la loi. La poursuite du but lucratif n'est pas synonyme d'une poursuite du bénéfice à tout prix¹². Si, à l'échelle de la communauté, certaines activités sont jugées indésirables, elles doivent être interdites par loi. Si, au contraire, certains actes sont jugés nécessaires, il incombe à la réglementation de les prescrire. De son côté, il incombe à la société de respecter la loi et, à ce titre, aux organes dirigeants de veiller à cela (voir l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO). Bref, la poursuite du but lucratif n'est pas un motif justificatif pour violer la loi¹³. En d'autres termes, il ne faut pas tomber dans l'angélisme et supposer que le marché fonctionne. Cependant, face

¹⁰ COLLIER, PAUL, *passim* (sur le besoin de développer le contexte institutionnel et les solutions de marché afin de soutenir les pays en développement plutôt que de se concentrer sur l'assistance directe au développement).

¹¹ Voir BÉNABOU, ROLAND / TIROLE, JEAN, p. 1; voir généralement ACEMOGLU, DARON / ROBINSON, JAMES, *passim*.

¹² FRIEDMANN, MILTON, p. 33.

¹³ Voir VOGT, HANS-UELI / BÄNZIGER, MICHAEL, pp. 618-619 ; BSK OR II--WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 3 ; WATTER, ROLF / SPILLMANN, TILL, p. 107. Comp. EASTERBROOK / FISCHEL, p. 1177, qui vont plus loin et considèrent qu'un calcul coût (de la sanction) - bénéfice (de la violation) est légitime, puisqu'il incombe au législateur de fixer la sanction optimale afin d'inciter au respect de la loi. Il s'agit d'une lecture quelque peu mécanique de la loi qui pose une équation entre amende et prix en faisant omission du fait que l'interdiction légale est absolue et omet souvent de prendre en compte le fait que les profits illicites peuvent être confisqués. Comp. PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, p. 173.

aux lacunes de marché, il convient de constituer et maintenir un cadre institutionnel qui permet à une solution de marché d'émerger et se développer¹⁴.

C. Un comportement responsable

Plus généralement, la responsabilité sociale des entreprises vient aussi nuancer la recherche du profit : après l'essor de la *shareholder's value* au tournant du siècle, réponse à l'émergence d'un capitalisme managérial au siècle dernier, nous observons un retour de balancier vers une intégration plus complète des sociétés commerciales dans les communautés auxquelles elles appartiennent¹⁵. En termes institutionnels, il existe une tendance croissante de voir le monde comme plus qu'une dichotomie entre le marché et l'Etat pour reconnaître un espace tiers, constitué de la société civile¹⁶. Les sociétés commerciales ne doivent ainsi pas être comprises exclusivement comme des acteurs de marché, mais également comme des parties prenantes de la société civile¹⁷. A ce titre, elles doivent aussi contribuer directement aux communautés auxquelles elles appartiennent. Elles peuvent, voire doivent, adopter un comportement responsable et, au lieu de se contenter d'un strict respect de la loi, se poser la question de la dimension éthique de leurs actes. Sans analyser en profondeur ce phénomène, je me contenterai de noter que ces considérations impliquent que la recherche du profit est limitée non seulement par le cadre légal existant en droit positif, mais aussi par les impératifs moraux et

¹⁴ ACEMOGLU, DARON / ROBINSON, JAMES, *passim*; COLLIER, PAUL, *passim* ;

¹⁵ PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, p. 173. Voir le CODE SUISSE DE BONNE PRATIQUE POUR LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE, qui dans sa version de 2014, prévoit que « *Le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes axés sur la poursuite d'intérêts durables des entreprises (...)* » alors que la version de 2002 « *l'intérêt des actionnaires* ». Voir, dans ce sens, FORSTMOSER, PETER, p. 160 ; JUTZI, THOMAS, 264; NERI-CASTRACANE, GIULIA, p. 224-226. Il ne s'agit toutefois que d'un retour de balancier. Voir WOHLMANN, HERBERT, *passim*, qui rappelait en 1998 la controverse précédente alors que la *shareholder value* commençait à être reçue en droit suisse; RAPP, JEAN-MARC, p. 193 considérait que la société doit « *être intégrée dans la communauté sociale pour atteindre son but lucratif*. » En même temps, il serait exagéré de considérer que la *stakeholder value* promue par FREEMAN aurait trouvé un ancrage en droit suisse. Voir BAHAR, RASHID, p. 105-106.

¹⁶ Voir RAJAN, RAGHURAM, *passim*. En réalité, la reconnaissance de cette « triade » Etat-marché-communauté remonte à une tradition plus ancienne. Ferdinand Tönnies avait déjà souligné la dichotomie *Gesellschaft* et *Gemeinschaft*. L'intérêt de cette distinction supplémentaire est de l'intégrer à celle entre Etat et marché, que Ferdinand Tönnies assimilait, sous le titre de *Gesellschaft*, à l'Etat et opposait aux communautés (*Gemeinschaften*). Voir TÖNNIES, FERDINAND, *passim*.

¹⁷ La société a ainsi une dimension communautaire. Voir BAHAR, RASHID, 99 ; VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 1 N 20 ; BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 16. Voir aussi SCHLUEP, WALTER, 398-400.

éthiques qu'impose un comportement socialement responsable¹⁸. Respecter cet impératif me paraît tout aussi important que consacrer ses ressources à la philanthropie¹⁹.

II. La philanthropie est-elle compatible avec le but lucratif ?

A. Le but lucratif comme limite à la philanthropie

L'activité décrite jusqu'ici n'est cependant pas philanthropique : son objectif est de favoriser l'intérêt propre, même si elle déploie un effet bénéfique pour la communauté au sens de large. Cette activité est avant tout motivée par la volonté de réaliser un bénéfice privé, un bénéfice certes légal et éthique, mais un bénéfice pour la société anonyme et, indirectement ses actionnaires, et non pour la communauté. En général, la philanthropie vise un acte plus noble : un acte mu non par l'amour-propre, mais l'amour d'autrui. Il s'agit typiquement d'un acte gratuit, effectué sans exiger ou s'attendre à une contreprestation, ayant pour but de satisfaire non un intérêt particulier, mais l'intérêt général²⁰. La question de savoir si cette activité est compatible avec le but social ou même nécessaire au vu du but social est plus délicate à apprécier.

Le point de départ de cette analyse est le but social. En tant que société au sens de l'art. 530 al. 1 CO, la société anonyme est fondée en vue d'atteindre un but. Il convient, dans ce contexte, de distinguer deux types de buts : le but statutaire ou but immédiat (visé par l'art. 626 ch. 2 CO et protégé par l'art. 704 al. 1 ch. 1 CO), d'une part, et le but ultime qui peut être, lucratif ou non lucratif (visé par l'art. 620

¹⁸ BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 16. Voir aussi ATF 100 II 384, c. 4, 394. En d'autres termes, la société anonyme et ses organes ne sont pas contraintes d'agir en sociopathes. Comp. BAKAN, JOEL, *passim* qui assimile la société moderne à un sociopathe au sens psychiatrique du terme.

¹⁹ Il peut même s'agir d'une précondition. En effet, les bénéficiaires remettent en question les contributions de mécènes dont la réputation a été entachée par des scandales. Voir l'exemple de la famille Sackler qui retire sa fortune d'une société médicale qui a poussé surprescrire ses antidouleurs alors qu'elle connaissait ses effets addictifs et ainsi contribué à Voir https://www.lemonde.fr/culture/article/2019/07/17/le-louvre-masque-le-nom-de-mecenes-associes-au-scandale-des-opioides_5490539_3246.html et https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2019/06/14/total-sackler-bp-des-mecenes-ncombrants_5476314_4500055.html.

²⁰ Voir RAPP, JEAN-MARC, p. 193, qui parle de « pureté des intentions » s'agissant du mécénat ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 330-331.

al. 3 CO et protégé par l'art. 706 al. 2 ch. 4 CO.) Or, a priori, une société anonyme n'est, en général, pas fondée dans un but philanthropique, mais dans un but commercial et lucratif. Elle doit chercher à réaliser un bénéfice qu'elle distribuera ensuite sous forme de dividendes à ses actionnaires²¹.

Ce n'est pas son propre que de se consacrer – du moins à titre principal – à des activités philanthropiques²². Les actionnaires peuvent avoir eux-mêmes besoin des dividendes et gains en capitaux qu'ils retirent de leur investissement afin de garantir leur propre subsistance ou, s'agissant par exemple, d'un institut de prévoyance professionnelle, celle de tiers. Si certains actionnaires souhaitent soutenir des causes philanthropiques, ils sont libres de le faire, le cas échéant en utilisant les dividendes reçus de la société, soit directement soit en constituant une structure idoine, une association ou une fondation, dont le capital de dotation peut consister d'actions de la société²³. En revanche, ils ne peuvent imposer ce choix aux autres actionnaires. De même, si les administrateurs ou dirigeants entendent contribuer au bien-être de l'humanité, ils peuvent le faire à titre privé avec leurs propres moyens, plutôt que d'employer les ressources de la société²⁴.

La poursuite du but lucratif impose une contrainte fondamentale : l'activité philanthropique doit s'inscrire dans la poursuite du but lucratif. A défaut, l'activité revient à supprimer ou limiter le but lucratif, ce qui suppose une modification statutaire adoptée par l'ensemble des actionnaires (art. 706a al. 2 ch. 4 CO)²⁵. Selon la doctrine, le terme « suppression » doit être interprété largement et recouvre aussi les suppressions partielles, c'est-à-dire les restrictions portées but lucratif. De même, les suppressions indirectes du but ultime lucratif sont

²¹ Voir aussi l'art. 660 al. 1 et 2 CO. VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 1 N 19, rattache cette vision à une lecture orientée sur la *shareholders' value*. Cette thèse tient également dans un contexte plus ouvert à la *stakeholders' value*. Voir FORSTMOSER, PETER, p. 160.

²² Comp. JUTZI, THOMAS, p. 263, qui semble cautionner tout acte philanthropique qui ne revient pas à renoncer durablement à la poursuite d'une activité lucrative. Cette position va trop loin. Des sacrifices temporaires sont permmissibles, mais ils doivent être justifiés – directement ou indirectement – à long terme.

²³ Voir BÉNABOU, ROLAND / TRIOLE, JEAN, pp. 10-11. Les actionnaires peuvent aussi constituer une fondation d'entreprise afin de séparer l'activité commerciale et l'activité philanthropique. Voir BOTTGE, DELPHINE, *passim*. Le trust pourra peut-être aussi offrir la flexibilité que la fondation ne connaît pas. Voir la contribution de THÉVENOZ, LUC, dans ce recueil.

²⁴ Voir WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341. Voir aussi BÉNABOU, ROLAND / TRIOLE, JEAN, pp. 11-12.

²⁵ Cette disposition fait du caractère lucratif de la société anonyme un droit acquis absolu. BÖCKLI, PETER, § 12 N 512 ; ZK-BÜRGI, WOLFHART, art. 660-661 N 8 ; CR CO II-CHENAUX, JEAN-LUC / GACHET, ALEXANDRE, art. 660-661 N 6 ; FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 39 N 118 et § 40 N 22 ; ZK-JUNG, PETER, art. 620 N 7 ; BSK OR II- NEUHAUS, MARKUS / BALKANYI, PATRICK, art. 660 N 7 ; SCHLUEP, WALTER, p. 51 et 53.

visées par cette exigence²⁶. Vu l'exigence d'unanimité, il est illusoire qu'une société anonyme ayant un actionnariat ouvert devienne une société à but non lucratif. Dès lors la question consiste à savoir si une activité philanthropique, au sens propre du terme, est compatible avec la poursuite du but lucratif.

B. Philanthropie : un moyen de poursuivre le but lucratif

De façon générale, le droit à la poursuite d'un but lucratif n'impose pas la réalisation d'un bénéfice à court terme, mais doit être considéré dans une perspective à long terme²⁷. Tout acte ne générant pas un profit n'est pas automatiquement constitutif d'une suppression ou limitation du but lucratif²⁸. Une activité philanthropique peut être réconciliée avec le but lucratif si elle s'inscrit dans une perspective de création de valeur dans la durée : il s'agit aujourd'hui de faire des sacrifices en vue du bien de l'humanité, mais dans l'attente de réaliser des bénéfices demain²⁹. En fin de compte, il ne s'agit pas vraiment d'un acte altruiste, mais d'un acte intéressé³⁰. Cela étant, la contribution de la société prise en tant que telle n'en aura pas moins un véritable caractère philanthropique : la société utilise ses ressources dans l'intérêt commun sans s'attendre à recevoir une contreprestation en échange³¹. Le fait que l'intention soit de recevoir à terme un avantage indirect à long terme ne change rien au caractère philanthropique de l'acte pris en tant que tel.

Justifiée ainsi la dimension quantitative reste importante : le sacrifice immédiat doit être compensé par les bénéfices futurs que la société s'attend à recevoir, étant précisé que le calcul se fait exclusivement *ex ante*³². En même temps, il faut que les bénéfices espérés – qui sont incertains et ne seront perçus que dans l'avenir –

²⁶ CR CO II-PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA, art. 706 N 39.

²⁷ ATF 100 II 384, consid. 4, 393 ; ZK- BÜRGI, WOLFHART, art. 660-661 N 13 ; CR CO II- CHENAU, JEAN-LUC / GACHET, ALEXANDRE, art. 660-661 N 6 ; FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 2 N 55 et § 40 N 26 ; VON GREYERZ, CHRISTOPH, p. 156 ; CR CO II-LOMBARDINI, CARLO, art. 620 N 40 ; BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS / BALKANYI, PATRICK, art. 660 N 8. Le caractère durable de la création de valeur par la société est ancré dans le CODE SUISSE DE BONNE PRATIQUE, les statuts de nombre de sociétés cotées, p.ex. Nestle SA, Novartis SA, ABB SA ou Alcon SA et, implicitement, dans la loi, p.ex., à l'art. 674 al. 2 ch. 2 CO.

²⁸ ATF 100 II 384, consid. 4, 393.

²⁹ RAPP, JEAN-MARC, p. 193 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 338-339. Voir aussi encore plus ouvert à une activité philanthropique, JUTZI, THOMAS, p. 263.

³⁰ WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341. Voir aussi RAPP, JEAN-MARC, p. 193, qui souligne le caractère fluide de la distinction.

³¹ Il ne s'agit ainsi pas d'un cas de *do ut des*.

³² WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 342.

soient escomptés de façon appropriées et soient donc plus importants que le sacrifice consenti.

C. Philanthropie : une activité socialement responsable

Le droit à la poursuite d'un but ultime lucratif n'est pas absolu. Il peut être tempéré par la protection d'intérêts de tiers liés à la société, tels les collaborateurs de la société, et, plus généralement, des considérations fondées sur la responsabilité sociale de l'entreprise³³. La société peut, voire doit, prendre en considération son environnement social et écologique et tenir compte du fait qu'elle appartient à une communauté plus large. Elle ne peut pas se contenter d'attendre que l'Etat lui impose par la loi un comportement pro-social³⁴. Cette contribution à la communauté peut prendre une dimension philanthropique : plutôt que d'attendre que l'Etat intervienne avant de soutenir une cause importante pour la communauté, une entreprise responsable peut prendre les devants et lancer une initiative dans ce sens, même si elle n'en profite pas³⁵.

Dans ce cadre, les sacrifices exigés peuvent aller plus loin que ceux consentis en vue de réaliser un profit à long terme. Les exigences d'un comportement responsable peuvent même limiter la poursuite du profit. La contribution philanthropique ne doit pas nécessairement contribuer à accroître la valeur de l'entreprise. Toutefois, les dépenses engagées pour la philanthropie doivent, de façon globale, être en adéquation avec les moyens à disposition de la société. Il est difficilement justifiable de faire des pertes et en même temps de se consacrer à des efforts désintéressés. A fortiori, il est inadmissible de mettre en danger la pérennité de l'entreprise et porter préjudice à toutes les parties prenantes en finançant des efforts philanthropiques. Au demeurant, cette attitude ne saurait être réconciliée avec une responsabilité sociale des entreprises. En même temps, si la société ne peut pas de mener une activité lucrative en veillant au respect de sa responsabilité sociale, sa capacité à atteindre le but lucratif à long terme est remise en question et, par conséquent, une réflexion stratégique sur son avenir s'impose.

³³ ATF 72 II 293, c. 4, 304 ; ATF 100 II 384, consid. 4, 393, JdT 1975 I 334 ; ZK-BÜRGI, WOLFHART, art. 660-661 N 12 ; CR CO II-CHENAUX, JEAN-LUC / GACHET, ALEXANDRE, art. 660-661 N 7 ; VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 1, N 20 ; FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 40 N 25 ; LOCHER, PETER, p. 215 ss ; BSK OR II- NEUHAUS, MARKUS / BALKANYI, PATRICK, art. 660 N 8 ; NERI-CASTRACANE, GIUILA, p. 224. Voir aussi art. 673 CO et art. 674 al. 3 CO.

³⁴ BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 16.

³⁵ Voir JUTZI, THOMAS, pp. 255-256 et 264-265.

D. Quelques cas de figure typiques

1. Un instrument de publicité et de motivation

Sur la base de ce qui précède, il est possible d'identifier quelques constellations typiques. Une société peut s'engager pour une cause philanthropique si cela contribue à son image ou sa réputation auprès de ses clients³⁶. L'acte, pris en tant que tel, est désintéressé, même si, en fin de compte, il se justifie dans une logique commerciale : il s'agit d'un moyen de pousser les clients à acheter les produits de la société, plutôt que de ceux d'un concurrent, le cas échéant même en payant un prix plus élevé. La société Patagonia, Inc., s'est ainsi engagée à investir 1% de son chiffre d'affaires en faveur d'organisations environnementales³⁷. L'activité philanthropique des banques privées s'inscrit aussi dans une philosophie publicitaire : il s'agit d'un moyen de communiquer aux clients existants ou potentiels que l'établissement dispose du savoir-faire nécessaire non seulement pour gérer la fortune de leurs clients mais aussi pour veiller à ce que les efforts philanthropiques de ces derniers portent leurs fruits³⁸. De façon plus ponctuelle, des actes philanthropiques lors de jubilés ou d'autres événements extraordinaires constituent aussi un moyen pour une entreprise de promouvoir son image auprès du public³⁹.

³⁶ Voir JUTZI, THOMAS, p. 265 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 331. Ces activités se distinguent du *sponsoring* qui, au sens strict du terme, notamment en droit fiscal, est une forme particulière de publicité : le sponsor donne son soutien en échange d'une contreprestation publicitaire de valeur équivalente. La philanthropie, au contraire, ne suppose pas d'équilibre – ne serait-ce que subjectif – entre prestation et contreprestation. Voir JUTZI, THOMAS, pp. 253-255 ; RAPP, JEAN-MARC, p. 193 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 331. Voir aussi ATF 2A.43/2002 du 8 janvier 2003, Opernhaus-Zürich AG c. Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer et Eidgenössische Steuerrekurskommission, c. 3.1. BÉNABOU, ROLAND / TRIOLE, JEAN, pp. 3-7 et 10-11.

³⁷ Voir <https://www.patagonia.com/environmental-grants-and-support.html> (consulté le 13 août 2019). En Suisse, la Fédération des Coopératives Migros s'est engagée dans ses statuts à consacrer un pour-cent de son chiffre d'affaire à des buts culturels, sociaux ou de politique économique (article 8 des Statuts de la Fédération des Coopératives Migros). Cette pratique a été jugée conforme aux usages commerciaux et constitue donc une charge déductible fiscalement. Voir ATF 115 Ib 111, c. 6, 118-119. Voir aussi RAPP, JEAN-MARC, pp. 193-194.

³⁸ Voir Financial Times Wealth, Ariane de Rothschild on why she wants to shake up private banking, <https://www.ft.com> (consulté le 13 août 2019).

³⁹ L'UBS a ainsi pour son 150^{ème} anniversaire décidé de créer une fondation dont le but est de financer un centre de recherche en économie à l'Université de Zurich Voir <https://www.ubscenter.uzh.ch/en/about.html> (consulté le 13 août 2019). Le succès de l'opération en termes de réputation est discutable. Les critiques se sont ainsi orientées sur le fait que l'UBS venait de bénéficier du soutien de la Confédération et, d'autre part, en raison

La publicité entourant les actes philanthropiques peut aussi être destinée aux employés, en vue de faciliter le recrutement et la rétention de collaborateurs dans un marché du travail compétitif. Le fait d'œuvrer pour une entreprise philanthropique est un plus fort vecteur de sens et, donc, de motivation⁴⁰. D'ailleurs, une société peut mettre du temps à disposition des collaborateurs afin qu'ils puissent eux-mêmes se consacrer à une œuvre philanthropique⁴¹. Les mandats *pro bono* des études d'avocats présentent cette composante.

La philanthropie constitue enfin un moyen d'exprimer aux acteurs politiques ou à d'autres parties prenantes de la société civile que la société s'engage comme membre de la communauté et entend rendre à la communauté les bénéfices que celle-ci lui permet de réaliser. La société peut manifester son caractère responsable et de ce fait plaider qu'une intervention étatique n'est pas nécessaire⁴².

2. Une contribution indirecte à l'activité sociale

Même s'il n'est pas rendu public, un acte philanthropique peut aussi être justifié par le but lucratif si son engagement pour la communauté devra à terme avoir de retombées positives pour l'entreprise : une entreprise peut vouloir encourager la recherche fondamentale dans un domaine qui est proche de son champ d'activité sans assumer directement la responsabilité pour cette activité. Le soutien initial est philanthropique, mais l'espoir indirect est de voir à moyen terme des retombées directes en termes d'applications concrètes.

De même, une société peut à titre philanthropique soutenir l'éducation que ce soit en finançant des bourses d'études ou en soutenant des écoles ou des universités, l'idée étant que, par ce biais, elle finance indirectement la formation de sa future main d'œuvre, même si elle n'a aucune garantie que les boursiers travailleront pour elle⁴³. Plus indirectement, des actes philanthropiques qui soutiennent la vie culturelle dans les communautés où la société est active constituent aussi un moyen d'améliorer l'attractivité de ses lieux d'implantation et ainsi de faciliter le recrutement et la rétention d'une main d'œuvre internationale.

Même en l'absence de toute publicité, ils peuvent s'inscrire dans la poursuite du but lucratif. Les contributions en vue de soutenir l'infrastructure locale (p.ex.,

d'un manque de transparence ressenti par le public. Voir <https://www.nzz.ch/ubs-unterstuetzt-schaffung-von-lehrstuehlen-an-uni.1.16520659> ; <https://www.nzz.ch/zueri-ch/die-100-unverdauten-ubs-millionen-1.18029561> (consultés le 13 août 2019).

⁴⁰ RAPP, JEAN-MARC, p. 193 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, 339.

⁴¹ Voir JUTZI, THOMAS, p. 259.

⁴² Voir RAPP, JEAN-MARC, p. 193 WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341.

⁴³ WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341.

dans le domaine des transports ou de la santé) des communautés où la société est présente peuvent également constituer un moyen de contribuer à l'intérêt de la société à long terme par une action philanthropique⁴⁴. La société ou ses employés utiliseront à terme cette infrastructure et elle en profitera ainsi.

L'engagement des sociétés d'assurance et de réassurance contre le réchauffement climatique est particulièrement intéressant : il ne s'agit pas nécessairement pour elles de s'attirer la sympathie de leurs clients, mais, au contraire, directement de prévenir aujourd'hui des changements, qui demain augmenteront la fréquence et l'intensité des catastrophes naturelles et, donc, des sinistres couverts par les polices qu'elles ont souscrites⁴⁵. Les actes philanthropiques contribuent à la pérennité de leurs bénéfices futurs.

En conclusion, une société anonyme peut s'engager dans une activité philanthropique si cela contribue à son but lucratif, poursuivi dans une vision à long terme et intégrant une dimension communautaire. Une activité philanthropique peut être justifiée, si cet acte a priori désintéressé contribue, ne serait-ce, qu'indirectement à accroître sa valeur. De même, il peut être justifié, si l'acte s'inscrit dans le cadre d'un comportement socialement responsable.

III. Mise en œuvre : le gouvernement d'entreprise

A. Compétence

Au vu de ce qui précède, la philanthropie des sociétés commerciales relève de la gestion de l'entreprise. Il s'agit d'une activité qui contribue à atteindre le but de la société. Il ne s'agit pas d'une décision sur l'attribution du bénéfice au sens de l'art. 698 al. 2 ch. 4 CO⁴⁶. Il s'ensuit qu'un acte de philanthropie sociale relève de la compétence du conseil d'administration (art. 716 al. 1 CO) étant précisé que la compétence peut être déléguée moyennant le respect des conditions de l'art. 716b CO⁴⁷. Même si la conduite de l'activité philanthropique est déléguée à la direction, il appartient au conseil d'administration de valider les grandes lignes et surveiller

⁴⁴ Cet argument vaut dans des pays où l'Etat peine à répondre à ces besoins. Toutefois, en Suisse, des entreprises ont « investi » à perte dans la société aérienne Swiss. Le but était de préserver l'existence d'un élément important de l'infrastructure nationale. Voir WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341.

⁴⁵ Voir <https://www.insuranceeurope.eu/climate-change> (consulté le 13 août 2019).

⁴⁶ Voir ATF 115 Ib 111, c. 6, 118-119 (en droit fiscal).

⁴⁷ Voir JUTZI, THOMAS, p. 260 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 334.

sa mise en œuvre dans le cadre de sa compétence de haute direction et de haute surveillance (art. 716a al. 1 ch. 1 et 5 CO)⁴⁸.

L'assemblée générale peut, en modifiant les statuts, s'approprier la compétence de décider ou approuver la politique en matière de philanthropie ou, sous réserve des contraintes imposées par la compétence intransmissible et inaliénable en matière de haute direction financière, de fixer le budget disponible à cette fin⁴⁹.

B. Pouvoir d'appréciation

1. *Business judgment rule*

Les réflexions qui précèdent décrivent en termes abstrait le cadre normatif dans lequel les sociétés anonymes peuvent se livrer à des actes de philanthropie. En pratique, la jurisprudence et la doctrine ont toutefois largement dilué l'importance de cette problématique. En effet, les décisions du conseil d'administration et, *a fortiori*, des organes de gestion ne peuvent pas être remise en cause à moins d'être nulles au sens de l'art. 714 CO, ce qui sera rarement le cas, sauf si elles reviennent à modifier le but social ou à renoncer au but lucratif sans autorisation préalable de l'assemblée générale. Il s'ensuit que généralement le principal test sera celui de savoir si le comportement des organes est conforme à leur devoir de diligence et fidélité ancré à l'art. 717 al. 1 CO. Or, cette question sera généralement examinée sous l'angle de la *business judgment rule* suisse. Les tribunaux ne remettent pas en question les décisions de gestion, prise de bonne foi sur une base informée, en l'absence de conflit d'intérêts⁵⁰. De ce fait, les dirigeants disposent – tant qu'ils procèdent à une prise de décision sur une base informée – d'un large pouvoir d'appréciation afin de concrétiser l'intérêt social et les moyens de le réaliser. Par conséquent, hormis les situations où la loi impose un comportement déterminé ou prévoit une interdiction explicite⁵¹, la principale limite à ce pouvoir

⁴⁸ JUTZI, THOMAS, p. 260.

⁴⁹ Voir JUTZI, THOMAS, pp. 260-261 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 334. Voir aussi, plus généralement, BÖCKLI, PETER, § 13 N 296. Il s'agit d'un cas de figure relativement rare. Voir cependant le cas du pourcentage culturel Migros, cité à la note 38.

⁵⁰ ATF 139 III 24, c. 3.2, 26 ; ATF 4A_259/2016 du 13 décembre 2016, c. 5 ; ATF 4A_74/2012 du 18 Juin 2012, c. 5.1. Voir à ce propos CR CO II-CORBOZ, BERNARD / AUBRY GIRARDIN, FLORENCE, art. 754 N 22a ; BSK OR II-GERICKE, DIETER / WALLER, STEFAN, art. 754 N 31 ; JUTZI, THOMAS, pp. 266-269 ; VOGT, HANS-UELI / BÄNZIGER, MICHAEL, p. 618 ; BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 6. Voir aussi RAPP, JEAN-MARC, pp. 193-194.

⁵¹ VOGT, HANS-UELI / BÄNZIGER, MICHAEL, pp. 618-619 ; BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 3 ; WATTER, ROLF / SPILLMANN, TILL, p. 107. Comp. VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 4, N 266.

d'appréciation concerne les situations de conflit d'intérêts. En dehors de ces contraintes dures, le droit des sociétés se contente d'exiger que le processus décisionnel s'inscrive dans un cadre organisationnel formalisé⁵² et repose sur une information adéquate⁵³.

Dès que les activités philanthropiques atteignent une certaine dimension en termes relatifs et absolus, il convient de formaliser le processus sur la base d'une *corporate philanthropy policy* qui définit la stratégie poursuivie et les moyens d'évaluer le succès de sa mise en œuvre⁵⁴. De même, le recours à des experts externes, voire l'engagement de spécialistes, peut devenir inévitable. Au demeurant, plus les ressources consacrées à la philanthropie croissent, plus se pose aussi la question de savoir s'il n'est pas préférable de créer une structure idoine, typiquement une fondation, dotée des ressources suffisantes pour mener son activité de façon pérenne et qui se consacrerait exclusivement à ce but.

2. But social et pouvoir de représentation

Dans les rapports externes, le pouvoir de représentation des organes est encore plus étendu. Selon, le Tribunal fédéral, le pouvoir de représentation s'étend à tous les actes qui peuvent contribuer directement ou indirectement à atteindre le but social. Cette notion est interprétée très largement afin d'inclure tout ce qui n'est pas manifestement exclu par le but social. De plus, le Tribunal fédéral apprécie la question de manière abstraite sans égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce⁵⁵. Seul un acte effectué dans l'intention reconnaissable non pas d'atteindre le but social, mais de servir un intérêt particulier constitue non pas un dépassement du pouvoir de représentation, mais un abus du pouvoir de représentation et dès lors ne lie pas la société⁵⁶. Par conséquent, au vu des réflexions qui précèdent, un acte philanthropique sera, dans les rapports avec le tiers bénéficiaire, couvert par le but social, même si ce dernier ne mentionne pas

⁵² Voir VOGT, HANS-UELI / BÄNZIGER, MICHAEL, p. 617. Comp. VON DER CRONE, HANS CASPAR, § 4, N 277, qui souligne que ce n'est pas la bureaucratisation qui est recherchée, mais le fait d'avoir un processus de prise de décision diligent. Voir aussi ATF 97 II 403, c. 2, 411.

⁵³ Voir pour la philanthropie JUTZI, THOMAS, p. 268. Voir aussi BSK OR II-GERICKE, DIETER / WALLER, STEFAN, art. 754 N 31 ; GRASS, ANDREAS, pp. 125-126 ; VOGT, HANS-UELI / BÄNZIGER, MICHAEL, p. 617.

⁵⁴ Voir dans un sens similaire, JUTZI, THOMAS, p. 268.

⁵⁵ Voir généralement ATF 111 II 284, c. 3b, 287-290 ; Comp. ATF 95 II 442, c. 3, 450. Voir aussi, BÖCKLI, PETER, § 13 N 497 ; FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER § 21 N 5 ; BSK OR II-WATTER, ROLF, art 718a N 3 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 335.

⁵⁶ ATF 126 III 361, c. 3a, 363-364 ; ATF 121 III 176 ; ATF 119 II 23, c. 3b, 26. Voir aussi SETHE, ROLF, p. 379 ; BSK OR II-WATTER, ROLF, art 718a N 5 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 335 ; ZOBL, DIETER, p. 296.

la philanthropie⁵⁷ à moins qu'il soit entaché d'un conflit d'intérêts sérieux ou atteigne des proportions telles qu'il cesse d'être réconciliable avec le but social ou une activité lucrative⁵⁸.

C. Les limites du pouvoir d'appréciation

1. Les conflits d'intérêts dans la philanthropie

La principale limite au pouvoir d'appréciation des organes conféré par la *business judgment rule* survient lors de situations de conflits d'intérêts. En effet, dans ces cas, le Tribunal fédéral applique une extrême rigueur afin d'apprécier le respect des devoirs de fidélité et diligence⁵⁹. Cette règle s'applique également dans le contexte de la philanthropie. Il n'est pas admissible sous le couvert de philanthropie de favoriser un actionnaire, un administrateur, un dirigeant ou un de leurs proches. Ce raisonnement vaut non seulement lorsque l'acte philanthropique n'est qu'un couvert pour effectuer une prestation à la personne intéressée – il ne s'agit alors plus de philanthropie au sens propre mais probablement d'un acte frauduleux – mais aussi lorsque la personne intéressée est active au sein d'une organisation philanthropique, par exemple en tant que membre du conseil de fondation, ou lorsqu'elle est à même de bénéficier de la contribution ne serait-ce qu'indirectement ou en termes de réputation, par exemple si la fondation philanthropique porte son nom ou est fortement attachée à sa personne⁶⁰. Il s'agit de traiter ces actes comme des affaires avec des proches. Par conséquent, les règles sur les conflits d'intérêts s'appliquent⁶¹ : le conflit d'intérêts doit être dûment dévoilé et l'intéressé ne doit pas participer à la prise de décision, voire à la délibération, étant précisé qu'il n'est pas pour autant libéré

⁵⁷ JUTZI, THOMAS, p. 263 ; WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 335. Voir aussi RAPP, JEAN-MARC, p. 193.

⁵⁸ WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 335 ; BSK OR II- WATTER, ROLF art. 718a N 4.

⁵⁹ Voir ATF 139 III 24, c. 3.2, 26 ; ATF 112 II 52, c. 3a, 57.

⁶⁰ JUTZI, THOMAS, pp. 268-269. WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, p. 341. Il convient de distinguer les *matched giving programs* par lesquels la société se propose de contribuer un montant équivalent à celui donné par ses collaborateurs et autres programmes similaires. Voir JUTZI, THOMAS, p. 259. Pour autant que le choix des collaborateurs a été validé indépendamment il n'y a pas de conflit d'intérêts.

⁶¹ JUTZI, THOMAS, pp. 268-269. Voir généralement CR CO II-PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA, art. 717 N 11-15 ; BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 15.

de son obligation de fidélité, ce qui l'oblige à annoncer à la société tout élément de fait dont il aurait connaissance⁶².

2. La rémunération par la philanthropie

Une question connexe à celle des conflits d'intérêts est le recours à la philanthropie dans le cadre de la rémunération des administrateurs et dirigeants. Parfois, il peut arriver pour des motifs louables ou moins louables que des sociétés soient amenées à verser tout ou partie de la rémunération à des œuvres de bienfaisance choisies voire contrôlées par des membres du conseil d'administration, des dirigeants ou leurs proches. Cette pratique ne pose pas de problème en tant que telle. Cependant, il ne s'agit pas d'un acte philanthropique de la société, mais bien d'une forme de rémunération. Ces versements doivent être traités comme tels, ce qui signifie pour les sociétés cotées que les règles de l'ORAb s'appliquent⁶³.

3. La corruption par la philanthropie

Une troisième limite met en évidence le côté obscur de la philanthropie. Des contributions philanthropiques peuvent, en effet, être un moyen d'obtenir les faveurs d'acteurs politiques ou, moins fréquemment, économiques. Il s'agit alors souvent de corruption publique ou privée : plutôt que de verser des fonds directement à un agent public ou privé, la société les verse à une entité à but non lucratif de son choix⁶⁴. Bien entendu, de tels actes ne sont pas conformes au but lucratif et constituent des violations de l'obligation de diligence et fidélité des organes responsables. Plus encore, ils peuvent engager la responsabilité pénale de l'entreprise pour défaut d'organisation (art. 102 al. 2 CP). Il s'agit là d'une raison supplémentaire d'encadrer la philanthropie dans un cadre approprié destiné à

⁶² ATF 4A_462/2009 du 16 mars 2010, c. 6.3. Voir aussi BÖCKLI, PETER, § 13 N 643 ss ; FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, § 28 N 34 ; JUTZI, THOMAS, pp. 268-269 ; SETHE, ROLF, p. 384-385 ; BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717 N 6a.

⁶³ Voir BÖCKLI, PETER, § 8 N 560p ; Praxiskommentar VegüV-MÜLLER, ANDREAS / OSER, DAVID, art. 14 N 29b ; BSK VegüV-WATTER, ROLF / MAIZAR, KARIM, art. 16 N 6.

⁶⁴ Voir les art. 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{octies} qui prévoient que l'avantage indu peut être offert, promis ou octroyé en faveur d'un tiers. Voir MÜLLER, KARIN, pp. 44-46. Voir, p. ex., dans un contexte américain, *U.S. v. Alstom Network Schweiz AG*, Information, ch. 35, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-alstom-sa-et-al-court-docket-number-314-cr-00245-jba-314-cr> (consulté le 13 août 2019) concernant des versements en faveur de fondations religieuses proches d'un décideur d'une société d'électricité saoudienne. SEC Press Release 2012-273 du 20 décembre 2012 : EC Charges Eli Lilly and Company with FCPA Violations, <https://www.sec.gov/news/press-release/2012-2012-273htm> (consulté le 13 août 2019) concernant un versement à une fondation fondée et dirigée par le responsable d'une agence chargée d'arrêter la liste des médicaments approuvés.

déterminer comment mettre en œuvre au mieux la stratégie philanthropique de l'entreprise⁶⁵.

Conclusion

En synthèse, la philanthropie mérite sa place dans une activité commerciale menée à des fins lucratives. Il est louable que les entreprises consacrent une partie de leurs ressources à ces fins, que ce soit afin de promouvoir leur propre intérêt à long terme ou afin de répondre à leurs obligations morales ou éthiques en tant qu'entreprise citoyenne. Cette décision doit cependant s'inscrire dans un cadre formalisé et libre de tout conflit d'intérêts et reposer sur une information adéquate. L'activité philanthropique doit être le fruit d'un processus de décision qui couvre tant les objectifs stratégiques que les moyens d'évaluer son effectivité.

Cela étant, il me semble important de ne pas confondre les genres : une entreprise exerce principalement une activité commerciale. Ses administrateurs et dirigeants disposent des connaissances et de l'expérience pour cette tâche. Ils ne sont pas des experts en philanthropie. C'est pourquoi d'autres formes de philanthropie méritent d'être privilégiées : il vaut mieux que les actionnaires ou les dirigeants consacrent directement leurs ressources à cette fin le cas échéant par des structures idoines⁶⁶. De même, malgré l'enthousiasme que suscite la philanthropie, elle ne doit pas se substituer à l'action étatique. Dans une société démocratique, l'Etat détient la plus grande légitimité afin d'identifier l'intérêt général et ainsi de procéder à l'arbitrage des ressources⁶⁷. La philanthropie peut cependant compléter l'action étatique. Ainsi tant les sociétés commerciales que les autres acteurs privés peuvent aussi contribuer au bien commun.

⁶⁵ MÜLLER, KARIN, pp. 44-46; Voir, sur la lutte contre la corruption, WATTER, ROLF / SPILLMANN, TILL, p. 109. Voir III.B.1 *supra*.

⁶⁶ BÉNABOU, ROLAND / TRIOLE, JEAN, pp. 10-11.

⁶⁷ Ses actes de philanthropie sont – juridiquement – au-dessus des soupçons qui pèsent sur les contributions d'acteurs commerciaux : le soutien de l'Etat ne constitue pas un moyen de prendre une influence indue ou même de corrompre les bénéficiaires, même s'il est vrai que l'assistance humanitaire ainsi que le soutien à la recherche et les arts sont en termes de relations internationales les instruments typiques du *soft power* et donc un outil diplomatique important. Voir NYE, JOSEPH, *passim*.

Bibliographie

- ACEMOGLU, DARON / ROBINSON, JAMES, *Why Nations Fail : The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, New York 2012
- BAHAR, RASHID, *Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions*, Zurich 2004
- BAKAN, JOEL, *The Corporation*, 2003
- BÉNABOU, ROLAND / TIROLE, JEAN, *Individual and Corporate Social Responsibility*, *Economica* (2010) 77, 1-19.
- BÖCKLI, PETER, *Schweizer Aktienrecht : mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung : unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4ème éd., Zurich
- BOTTGE, DELPHINE, *Shareholder Foundations (Holding Foundations) in Switzerland : Overview from a Legal Perspective*, *Expert Focus* 2019, 180-184
- BÜRGI, WOLFHART F., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/5/b/1, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)*, Zurich 1957 (cité ZK-BÜRGI, art. ...)
- CORBOZ, BERNARD / AUBRY GIRARDIN, FLORENCE, *commentaire ad art. 754, Commentaire romand - Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017* (cité CR CO II- P CORBOZ, BERNARD / AUBRY GIRARDIN, FLORENCE, art. 706)
- CHENAUX, JEAN-LUC / BEROUD, GUY, *La gouvernance des groupes : e pluribus unum*, RSDA 2018, 342 - 352
- CHENAUX, JEAN-LUC / GACHET, ALEXANDRE, *commentaire ad art. 660-661, Commentaire romand - Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017* (cité CR CO II- CHENAUX, JEAN-LUC / GACHET, ALEXANDRE, art. 660-661)
- COLLIER, PAUL, *The Bottom Billion : Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It*, Oxford 2007
- EASTERBROOK, FRANK H. / FISCHEL, DANIEL R., *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 80 *Mich. L. Rev.* 1155 (1982)
- FORSTMOSER, PETER, *Corporate Social Responsibility : eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften*, in WALDBURGER, ROBERT / SESTER, PETER / PETER, CHRISTOPH / BAER, CHARLOTTE (édit.), *Law & Economics : Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Berne 2015, 157-181
- FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996
- FREEMAN, EDWARD R, *Strategic Management : A stakeholder Approach*, Boston 1984
- FRIEDMAN, MILTON, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

- GERICKE, DIETER / WALLER, STEFAN, commentaire ad art. 754, Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité BSK OR II-GERICKE, DIETER / WALLER, STEFAN NEUHAUS, MARKUS/ BALKANYI, PATRICK, art. 754)
- GLANZMANN, LUKAS, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, RSDA 2011, 229-238
- GRASS, ANDREAS, Business Judgment Rule, Zurich 1998
- VON GREYERZ, CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, in VON STEIGER, WERNER (édit.), Handelsrecht, SPR VIII/2, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1982
- HANDSCHIN, LUKAS (éd.), Zürcher Kommentar : Art. 620-659b OR, Zurich 2016 (cité ZK-AUTEUR, art. ...).
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (édit.), Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité BSK OR II - AUTEUR art. ...)
- JUTZI, THOMAS, Unternehmensspenden : Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, Recht 2017, 251-277
- LOCHER, PETER, Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft, Berne 1983
- LOMBARDINI, CARLO, commentaire ad art. 620, Commentaire romand - Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017 (cité CR CO II-LOMBARDINI, CARLO, art. 620)
- (DE) MANDEVILLE, BERNARD, The Fable of Bees : or Private Vices Publick Benefits, 1714
- MÜLLER, KARIN, Corporate Social Responsibility : Politisches Engagement von Unternehmen, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht Beiheft 54, 2017
- MUSTAKI, GUY / URBEN, LUCA, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, SJ 2014, 109 - 176
- NERI-CASTRACANE, GIULIA, Les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise - réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale, Zurich/Genève 2016
- NEUHAUS, MARKUS/ BALKANYI, PATRICK, commentaire ad art. 660, Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité BSK OR II-NEUHAUS, MARKUS/ BALKANYI, PATRICK, art. 660)
- NICOLE, PIERRE, Essais de morale (1671-1678), Paris
- NYE, JOSEPH, Soft Power: The Means to Success in WorldPolitics, New York 2004
- OSER, DAVID / MÜLLER, ANDREAS (édit.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2^{ème} éd., Zurich 2018 (cité Praxiskommentar VegüV-AUTEUR, art. ...)
- PETER, HENRY, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, thèse Genève 1990
- PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA, commentaire ad art. 706 et 7167, Commentaire romand - Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017 (cité CR CO II- PETER, HENRY / CAVADINI, FRANCESCA, art. ...)
- PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance : quelles corrélations, RSDA 2015, 170-188

- PFAMMATTER, VINCENT, Hybrid Entities in Switzerland : Can Swiss Entities Seek Profit and Not-For-Profit Purposes at the Same Time ?, Expert Focus 2019, 175-179
- RAJAN, RAGHURAM, The Third Pillar : How Markets and the State Leave the Community Behind, New York 2019
- RAPP, JEAN-MARC, Quelques aspects juridiques du sponsoring, RSDA 1991 189 - 201
- SCHLUEP, WALTHER, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse Saint-Gall 1955
- SETHE, ROLF, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, RSDA 2018, 375 - 392
- SHILLER, ROBERT J., Finance and the Greater Good, Princeton, N.J., 2012
- SMITH, ADAM, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776
- TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC / TRIGO TRINDADE, RITA (édit.), Commentaire romand - Code des obligations II, 2^e éd., Bâle 2017 (cité CR CO II- AUTEUR, art. ...)
- TÖNNIES, FERDINAND, Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie, 8^{ème} éd., Leipzig 1935
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, Berne 2014
- VOGT, HANS-UELI/BÄNZIGER, MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, 607 - 627
- WATTER, ROLF / MAIZAR, KARIM, commentaire ad art. 16, : Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Bâle 2015 (Cité BSK VegüV-WATTER, ROLF / MAIZAR, KARIM, art. 16)
- WATTER, ROLF, commentaire ad art. 718a, Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité BSK OR II-WATTER, ROLF, art. 718a)
- WATTER, ROLF / NEUHAUS, MARKUS, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in KRAMER, ERNST A. / NOBEL PETER / WALDBURGER ROBERT (édit.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2006, 173-221
- WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, commentaire ad art. 717, Basler Kommentar - Obligationenrecht II, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité BSK OR II-WATTER, ROLF / PELLANDA, KATJA, art. 717)
- WATTER, ROLF / ROHDE, THOMAS, Die Spendeкомпетenz des Verwaltungsrates, in ZÄCH ROGER / BREINING-KAUFMANN CHRISTINE / BREITSCHMID, PETER / ERNST, WOLFGANG / OBERHAMMER, PAUL / PORTMANN, WOLFGANG / THIER, ANDREAS (édit.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich 2006, 329 - 345
- WATTER, ROLF / SPILLMANN, TILL, Corporate Social Responsibility - Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2006 94 - 116
- WATTER, ROLF / VOGT, HANS-UELI (édit.), Basler Kommentar: Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Bâle 2015 (Cité BSK VegüV-AUTEUR, art. ...)

WOHLMANN, Herbert, «Typischer Aktionär» und «Shareholder Value», *in* VON BÜREN, ROLAND (édit.), Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, 415 – 419

ZOBL, DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, RJB 1989 289 - 313