



Master

2021

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Quelle place pour la fondation de famille en droit suisse? Proposition de libéralisation

Merkt, Juliette Hélène

How to cite

MERKT, Juliette Hélène. Quelle place pour la fondation de famille en droit suisse? Proposition de libéralisation. Master, 2021.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160210>

Juliette Hélène MERKT

Étudiante en Master à l'Université de Genève – Faculté de droit

Année académique 2020-2021

Mémoire de maîtrise

QUELLE PLACE POUR LA FONDATION DE FAMILLE EN DROIT SUISSE ?

Proposition de libéralisation

Professeur: Luc THÉVENOZ

Assistant: Célian HIRSCH

Date de dépôt: vendredi 21 mai 2021

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	- 2 -
 I. POURQUOI LIBÉRALISER LA FONDATION DE FAMILLE ?	- 3 -
A. GÉNÉRALITÉS.....	- 3 -
1. Définition (art. 87 et 335 al. 1 CC).....	- 3 -
a. Limitation des buts de la fondation de famille (art. 335 al. 1 CC).....	- 4 -
b. Restriction du cercle des destinataires de la fondation de famille	- 6 -
2. Régime juridique.....	- 8 -
3. Systématique légale.....	- 9 -
B. JALONS HISTORIQUES	- 11 -
C. QUELQUES DÉLIMITATIONS.....	- 13 -
1. Fondation d'entretien (<i>Unterhaltsstiftung</i>)	- 13 -
2. Fidéicommis de famille	- 13 -
3. Fondation mixte	- 13 -
D. ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA LIBÉRALISATION.....	- 14 -
1. Obsolescence des arguments contre la libéralisation	- 14 -
2. Concurrence croissante des instruments de planification patrimoniale étrangers	- 15 -
3. Inégalité de traitement et incohérences du système légal actuel	- 16 -
4. Évolution de la société et des mœurs	- 17 -
5. Attractivité de la place financière suisse	- 17 -
6. Utilité intrinsèque de la fondation de famille libéralisée.....	- 18 -
 II. COMMENT LIBÉRALISER LA FONDATION DE FAMILLE ?	- 19 -
A. RETOUR SUR LES DIVERSES PROPOSITIONS	- 19 -
1. Réinterprétation plus large de l'art. 335 al. 1 CC (<i>de lege lata</i>)	- 19 -
2. Reformulation de l'art. 335 al. 1 CC (<i>de lege ferenda</i>)	- 21 -
3. Suppression de l'art. 335 CC	- 22 -
4. Révision totale du régime légal actuel des fondations.....	- 23 -
5. Remplacement de la fondation de famille par un nouvel instrument juridique de pérennisation privée d'actifs	- 25 -
B. PROPRE PROPOSITION.....	- 27 -
1. Reformulation de l'art. 335 al. 1 CC dans un nouvel art. 87 CC	- 27 -
2. Limitation temporelle de la fondation de famille.....	- 28 -
3. Composition et renouvellement du conseil de fondation.....	- 30 -
4. Contrôle interne de la fondation de famille	- 31 -
5. Coexistence de la fondation de famille et du trust	- 34 -
6. Conséquences sur les autres normes de droit privé suisse.....	- 35 -
 CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES	- 36 -

INTRODUCTION

Depuis quelques années, **la fondation de famille est remise au cœur de l'actualité**. Le 1^{er} janvier 2006, une révision partielle¹ du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)² qui vise à libéraliser le droit suisse des fondations entre en vigueur, sans toutefois régler la question des fondations de famille. Depuis le 1^{er} juillet 2007, suite à l'adoption de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ci-après: « CLH trust »),³ le trust, instrument de droit anglo-saxon, est reconnu en Suisse. En 2009, par sa jurisprudence rendue dans l'ATF 135 III 614, le Tribunal fédéral (ci-après: « TF ») admet la validité des fondations d'entretien⁴ étrangères (en l'occurrence du Liechtenstein) et crée par là une incohérence au niveau du système juridique suisse: ce dernier interdit une fondation de famille d'entretien suisse, mais reconnaît cette même structure lorsqu'elle est fondée sur le droit étranger et échappe au contrôle des autorités de surveillance helvétiques. Le 9 décembre 2014, l'Initiative Luginbühl est déposée. Cette dernière se concentre surtout sur le domaine de la philanthropie et vise à assurer un cadre souple et libéral aux fondations d'utilité publique. En effet, dans le cadre de la motion Luginbühl, la question de la libéralisation de la fondation de famille avait été écartée par le Conseil fédéral.⁵ Enfin, avec la modification du CC entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016,⁶ les nouvelles fondations de droit privé doivent s'inscrire au RC. Les fondations de famille constituées avant cette date disposaient d'un délai transitoire au 31 décembre 2020 pour procéder à leur inscription au registre du commerce (ci-après: « RC ») (art. 6b al. 2^{bis} phrase 2 Titre final CC).

Au regard de tous ces éléments, la **doctrine majoritaire**⁷ plaide aujourd'hui en faveur d'une **libéraliser de la fondation de famille suisse**. L'idée est à la fois de faire face à la concurrence venant de l'étranger (par exemple des fondations de famille liechtensteinoises et du trust anglo-saxon)⁸ et de rétablir une meilleure cohérence au sein de notre ordre juridique (qui interdit à ce jour les fondations à buts d'entretien constituées en faveur des membres de la famille mais les autorise lorsque les bénéficiaires sont des tiers)⁹.

¹ RO 2005 4545.

² RS 210.

³ RS 0.221.371.

⁴ Cf. p. 13.

⁵ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 323 ss; FF 2013 1981, p. 1995 et 2014.

⁶ RO 2015 1389 (FF 2014 585).

⁷ HAMM/PETERS, p. 250 (Note 20); cf. p. 19 (Note 150).

⁸ ZEITER, p. 457 ss; OPEL, p. 2 (Note 6).

⁹ HAMM/Peters, p. 250; VEZ, Lacunes, N 216 et 220; ZEITER, p. 454 et 457; cf. p. 16.

Nous allons donc consacrer le présent travail à la question de **la libéralisation de la fondation de famille, et notamment de la restauration des fondations d’entretien en Suisse**. Nous développerons ce dernier autour de deux axes principaux: (II) Pourquoi libéraliser la fondation de famille et (III) comment la libéraliser. Dans un premier temps (II), nous rappellerons ce qu’est la fondation de famille, quelle est sa place dans l’ordre juridique suisse, quelle est sa raison d’être historique, pourquoi elle se voit limitée à divers égards et enfin quels arguments jouent en faveur de sa libéralisation. Dans un second temps (III), nous nous concentrerons sur le cœur de ce travail, à savoir à quoi cette nouvelle fondation de famille pourrait ressembler. Dans ce cadre, nous rappellerons d’abord certaines des propositions qui ont déjà été avancées par la doctrine (III.A.). Puis, nous tenterons d’esquisser un nouveau régime pour la fondation de famille sur cette base, tout en réaménageant les idées qui en découlent pour en dégager une solution autonome (III.B.). A travers notre proposition, nous aborderons également les difficultés que pourrait rencontrer dans notre ordre juridique suisse une fondation de famille libéralisée et les solutions qui s’offrent à nous.

I. POURQUOI LIBÉRALISER LA FONDATION DE FAMILLE ?

A. Généralités

1. Définition (art. 87 et 335 al. 1 CC)

Selon l’art. 80 CC, « [l]a fondation a pour objet l’affectation de biens en faveur d’un but spécial ». L’ordre juridique suisse connaît à ce jour une classification des fondations qui se fonde sur le but poursuivi par l’entité en question: d’une part les fondations ordinaires et d’autre part les fondations spéciales (de famille, ecclésiastiques et de prévoyance en faveur du personnel).¹⁰

Selon VEZ, la **fondation ordinaire** est « définie positivement comme celle qui administre une masse de biens individualisée, affectée dès le départ – en principe, pour une durée illimitée – par le fondateur à la poursuite d’un but particulier, en principe idéal », et non pas négativement comme n’étant pas une fondation spéciale.¹¹ A l’origine, du point de vue du législateur du CC de 1907, la fondation ordinaire était destinée à poursuivre uniquement un but idéal ou d’intérêt public.¹² Aujourd’hui, la fondation ordinaire peut poursuivre n’importe quel but, pour autant

¹⁰ VEZ, Lacunes, N 88.

¹¹ *Id.*, N 120.

¹² BK-RIEMER, ST N 71 ss; VEZ, Lacunes, N 121 et 123 (Notes 215 et 218); BRÜCKNER, N 1305 et 1321.

que ce dernier ne soit pas illicite, immoral, impossible ou non suffisamment déterminé.¹³ JAKOB parle à ce titre de « *Zweckneutralität* ». ¹⁴ En dehors des limites légales susmentionnées, la liberté du fondateur s'exerce pleinement dans la détermination du but et dans le choix des bénéficiaires de la fondation.¹⁵

La **fondation de famille**, réglée aux art. 87 et 335 al. 1 CC, entre quant à elle dans la catégorie des fondations spéciales. Elle est spéciale en ce sens que ses buts admissibles sont restreints et le cercle de ses bénéficiaires limité.¹⁶

a. Limitation des buts de la fondation de famille (art. 335 al. 1 CC)

L'art. 335 al. 1 CC limite les buts de la fondation de famille « [...] au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues ».

Cette liste est exhaustive et la jurisprudence du TF quant à la notion de « buts analogues » est très restrictive,¹⁷ puisque le TF la limite à une « analogie raisonnable », ¹⁸ ce qui correspond aux cas où les membres de la famille se trouvent dans une situation de nécessité particulière où une aide matérielle est rendue nécessaire ou utile.¹⁹ RIEMER explique en outre que les buts analogues doivent être de nature idéale, et non purement économique.²⁰ Ainsi résume-t-il, la notion de buts analogues est déjà presque entièrement englobée dans les autres buts énumérés par la loi, de telle sorte que la présence de « buts analogues » dans le texte légal est rendue quasi-superflue par l'interprétation restrictive du TF.²¹ GRÜNINGER qui reprend HAUSHEER et AEBI-MÜLLER, estime au contraire qu'il reste encore une « marge de manœuvre » au fondateur à travers les buts analogues.²² Jusqu'ici, le TF a considéré comme invalides les fondations de famille ayant pour but la conservation d'un château, d'une maison de campagne ou d'autres biens ayant une

¹³ CR CC I-VEZ, CC 80 N 4.

¹⁴ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 272.

¹⁵ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 80 N 12; CR CC I-VEZ, CC 80 N 4.

¹⁶ CR CC I-VEZ, CC 87 N 1.

¹⁷ CR CC I-VEZ, CC 87 N 8; ATF 108 II 393, consid. 6a, JdT 1983 I 587; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.457/2001 du 4 mars 2002, consid. 4.5; ATF 127 III 337, consid. 3e, SJ 2002 I 193; BK-RIEMER, ST N 234.

¹⁸ ATF 73 II 86, consid. 5; BK-RIEMER, ST N 234.

¹⁹ VEZ, Lacunes, N 129 (Note 232); BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 6.

²⁰ BK-RIEMER, ST N 234.

²¹ *Ibid.*

²² BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 6; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 19.62.

valeur économique tels que des collections d'art ou de bijoux.²³ Cependant, la fondation de famille peut viser, de manière accessoire, la conservation de livres ou d'archives de famille ou d'autres biens sans valeur économique.²⁴ Les buts d'entretien de tombes familiales ou de lecture de messes des défunts tombent quant à eux dans l'analogie raisonnable.²⁵

Les frais d'éducation couvrent quant à eux les frais de scolarité, d'université et d'écoles professionnelles pour autant que les institutions ci-nommées prélèvent des frais d'écologie, ainsi que les frais de subsistance de l'élève ou de l'étudiant si ce dernier doit être logé hors de son domicile pour fréquenter l'établissement en question.²⁶ Pour RIEMER, le financement automatique et pour une durée indéterminée de l'éducation des membres de la famille n'est pas admissible.²⁷ GRÜNINGER soutient au contraire que pour une fondation de famille richement dotée, rien ne s'oppose à un financement général de l'éducation de base de tous les membres de la famille, ainsi que des coûts de leurs études, pour autant que cela se fasse dans une mesure appropriée.²⁸

Le paiement des frais d'établissement est également limité. Il vise tout ce qui est nécessaire à la constitution, à l'amélioration et à la sauvegarde des moyens de subsistance d'une personne, notamment à l'occasion d'un mariage ou d'un nouveau foyer.²⁹

Les frais d'assistance présupposent quant à eux une situation de besoin ou d'urgence matérielle particulière des bénéficiaires de la fondation.³⁰ Pour RIEMER, le simple fait d'atteindre un âge déterminé ou la retraite ne saurait être suffisant pour obtenir des frais d'assistance.³¹ GRÜNINGER considère en revanche que des buts qui seraient sans autre admis dans le cadre d'une fondation de prévoyance du personnel devraient l'être également dans le cadre d'une fondation de famille.³²

²³ ATF 93 II 439, JdT 1969 I 37; ATF 108 II 393, consid. 6c, JdT 1983 I 587; BK-RIEMER, ST N 235; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 12; VEZ, Lacunes, N 130.

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.68/2006 du 30 novembre 2006, consid. 5; BK-RIEMER, ST N 235; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 12; VEZ, Lacunes, N 133.

²⁵ ATF 72 II 24; ATF 75 II 15, consid. 4a, JdT 1949 I 578; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_533/2013 du 21 mars 2014; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 12.

²⁶ BRÜCKNER, N 1459.

²⁷ BK-RIEMER, ST N 230.

²⁸ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 10.

²⁹ BRÜCKNER, N 1460.

³⁰ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 11; BK-RIEMER, ST N 233.

³¹ BK-RIEMER, ST N 233.

³² BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 11.

En principe, **lorsque le but de la fondation de famille est contraire à l'art. 335 al. 1 CC**, la conséquence qui en découle est la **nullité originaire** de cette dernière (art. 52 al. 3 CC).³³ Si le but poursuivi n'est que partiellement contraire à l'art. 335 al. 1 CC, le TF applique **le principe non écrit de la conversion** selon lequel « [l]orsqu'un acte nul répond aux conditions d'un autre acte qui a un but et procure un résultat semblables à ceux que visait l'acte nul, cet autre acte est valable [...] s'il faut admettre que les auteurs auraient voulu cela, à supposer qu'ils aient connu la nullité de leur acte »^{34,35} En d'autres termes, une fondation de famille nulle peut être transformée en fondation ordinaire valable, à la condition de modifier en profondeur son but initial, ce qui n'est pas toujours possible.³⁶

Les buts limitatifs énumérés à l'art. 335 al. 1 CC, ainsi que la jurisprudence restrictive du TF quant à la notion de buts analogues ont en pratique mené à **interdire les fondations dites d'entretien**³⁷ dont le but est d'assurer des prestations économiques aux membres de la famille.³⁸

b. Restriction du cercle des destinataires de la fondation de famille

Selon VEZ, les destinataires de la fondation de famille sont par nature « un ensemble de personnes appartenant à la même famille ».³⁹ Le cercle des bénéficiaires ne peut être étendu au-delà de ces membres, mais il peut être restreint à une catégorie de membres de la famille (pour autant qu'il ne se limite pas à une seule personne).⁴⁰ Cette dernière limitation s'explique par l'interdiction des fidéicommiss de famille dont bénéficie par définition une seule personne.⁴¹

La loi ne définit cependant pas **qui sont les membres de la famille**.⁴² La doctrine et la jurisprudence admettent en général qu'il s'agit des personnes ayant un **lien de parenté** (lien de filiation au sens de l'art. 252 CC, sans préciser toutefois jusqu'à quel degré s'étend ce lien) **ou**

³³ CR CC I-PIOTET, CC 335 N 10; ATF 140 II 255, consid. 5.2.

³⁴ ATF 93 II 439, consid. 5, JdT 1969 I 37.

³⁵ CR CC I-PIOTET, CC 335 N 11.

³⁶ MOREAU, p. 65 ss.

³⁷ Cf. p. 13.

³⁸ CR CC I-PIOTET, CC 335 N 7 (Note 13); ATF 127 III 337, SJ 2002 I 193; ATF 108 II 393, consid. 6a, JdT 1983 I 587; ATF 93 II 439, JdT 1969 I 37; ATF 73 II 81, JdT 1948 I 66.

³⁹ VEZ, Lacunes, N 148.

⁴⁰ ATF 133 III 167; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335, N 9; BK-RIEMER, ST N 171; VEZ, Lacunes, N 148.

⁴¹ KUKO ZGB-JAKOB, CC 335 N 23; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87, N 2; BK-RIEMER, ST N 171 ss et 217; cf. p. 13.

⁴² VEZ, Lacunes, N 149; BK-RIEMER, ST N 167.

d'alliance (mariage ou partenariat enregistré⁴³) avec le fondateur.⁴⁴ La doctrine est divisée quant à la question de savoir si le fondateur peut créer une fondation de famille pour les membres d'une famille à laquelle il n'appartient pas. Plusieurs auteurs l'admettent.⁴⁵ VEZ soulève cette curiosité⁴⁶ qui nous interpelle également; on peut en effet se demander si les bénéficiaires d'une fondation de famille qui n'ont pas de lien de parenté avec le fondateur ne devraient pas tout simplement être qualifiés de tiers et la fondation ainsi constituée de fondation ordinaire. On peut aussi se demander si les **concubins** ou **les personnes ayant un lien nourricier avec le fondateur** entrent dans la catégorie des membres de la famille.⁴⁷ BONETTI explique que les critères généralement utilisés pour désigner les membres de la famille sont ceux de parenté et d'alliance ; les concubins seraient donc des tiers au sens de la fondation de famille et cette dernière une fondation mixte.⁴⁸ MOREAU, qui soutient cette vision, relève néanmoins qu'« une fondation ayant comme but initial de ne soutenir que des membres de la famille, mais qui désigne des tiers bénéficiaires (concubins) après que toute la souche ait disparu, est malgré tout considérée comme une fondation de famille (et non comme une fondation mixte⁴⁹) » et cite l'ATF 93 II 439, à l'appui.⁵⁰ BREITSCHMID est quant à lui de l'avis qu'il faudrait ouvrir le cercle des bénéficiaires de la fondation de famille aux concubins également.⁵¹ Il est aujourd'hui largement admis que le fondateur lui-même peut bénéficier de sa propre fondation de famille.⁵²

Il existe une **controverse doctrinale** quant au fait de savoir **si plusieurs familles peuvent bénéficier parallèlement de la même fondation de famille**.⁵³ MOREAU est d'avis « que deux familles, liées entre elles par un lien de parenté ou d'alliance, peuvent être désignées comme bénéficiaires » de la même fondation de famille.⁵⁴ Pour RIEMER, en revanche, le cercle des destinataires d'une fondation de famille est limité aux membres d'une seule et même famille.⁵⁵

⁴³ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 4; BADDELEY, p. 94 (Note 89).

⁴⁴ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87 N 2; BK-RIEMER, ST N 168; VEZ, Lacunes, N 149.

⁴⁵ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 4 et CC 87 N 1; GERHARD, p. 141; BADDELEY, N 58; ARTER, p. 117; ACKERMANN, p. 23; SPIELVOGEL, p. 39.

⁴⁶ VEZ, Lacunes, N 149 (Note 286).

⁴⁷ BK-RIEMER, ST N 169; VEZ, Lacunes, N 150.

⁴⁸ BONETTI, p. 123.

⁴⁹ Cf. p. 13 ss.

⁵⁰ MOREAU, p. 64 (Note 27); ATF 93 II 439, consid. 3b, JdT 1969 I 37.

⁵¹ CHK-BREITSCHMID, CC 335 N 3.

⁵² BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87 N 2.

⁵³ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87 N 2; KUKO ZGB-JAKOB, CC 87 N 2.

⁵⁴ MOREAU, p. 64 (Note 27).

⁵⁵ BK-RIEMER, ST N 166.

2. Régime juridique

Les fondations de famille, de par leur statut de fondations spéciales, bénéficient de **plusieurs privilèges**.⁵⁶

Jusqu'au 1^{er} janvier 2016, elles n'étaient pas tenues de **s'inscrire au RC**. Ce privilège est aujourd'hui tombé avec la modification du CC dont les art. 52 al. 2 nCC et 6b al. 2^{bis} phrase 2 Titre final nCC prévoient l'inscription au RC de toutes les fondations (y compris de fondations de famille et ecclésiastiques) d'ici au 31 décembre 2020.⁵⁷

En revanche, elles ne sont **pas soumises au contrôle de l'autorité de surveillance** (art. 87 al. 1 CC) et échappent donc à la surveillance étatique. Les règles sur la surveillance étant de nature impérative, le fondateur ou les organes de la fondation de famille ne sauraient l'y soumettre de manière volontaire.⁵⁸ L'absence de surveillance étatique des fondations de famille se justifie d'abord par leur caractère « *intime* » et ensuite par l'absence d'intérêt public.⁵⁹ Comme le rappelle toutefois VEZ, « [l']absence de surveillance administrative relevant du droit public fédéral n'est pas synonyme d'absence de toute surveillance étatique [...] ». ⁶⁰ La surveillance des fondations de famille relevant du droit public cantonal reste certes une controverse théorique puisqu'aucun canton n'a adopté de règle en la matière à ce jour.⁶¹ En revanche, le juge civil exerce une certaine surveillance sur les fondations de famille puisqu'il est chargé de trancher les contestations de droit privé y relatives (art. 87 al. 2 CC).⁶² RIEMER regrette l'absence actuelle de contrôle des fondations de famille par une autorité de surveillance et prône *de lege ferenda* l'instauration d'une surveillance étatique modérée pour ces dernières.⁶³ Cette solution n'est à notre avis pas souhaitable (comme développé ci-après).⁶⁴

Par ailleurs, les fondations de famille sont toujours **déliées de l'obligation de désigner un organe de révision** (art. 87 al. 1^{bis} CC). VEZ déplore ce privilège qui va selon elle à l'encontre de la transparence et de la sécurité du droit.⁶⁵ On notera toutefois que cette remarque, formulée

⁵⁶ CR CC I-VEZ, CC 87 N 4; CR CC I-PIOTET, CC 335 N 3; MOREAU, p. 69.

⁵⁷ RO 2015 1389 (FF 2014 585); cf. p. 2.

⁵⁸ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87 N 8; BK-RIEMER, ST N 181; CR CC I-VEZ, CC 87 N 8.

⁵⁹ MEIER/DE LUZE, N 1307 (Note 2829); BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 87 N 9; BK-RIEMER, ST N 176; CR CC I-VEZ, CC 87 N 9; KUKO ZGB-JAKOB, CC 87 N 6.

⁶⁰ CR CC I-VEZ, CC 87 N 10.

⁶¹ CR CC I-VEZ, CC 87 N 11.

⁶² CR CC I-VEZ, CC 87 N 12.

⁶³ BK-RIEMER, ST N 180.

⁶⁴ Cf. p. 31 ss.

⁶⁵ CR CC I-VEZ, CC 87 N 14.

dans le Commentaire Romand du Code civil suisse de 2010, ne tient pas compte de la récente obligation d'inscription des fondations de famille au RC qui change la donne en matière de transparence. Par ailleurs, l'absence d'obligation légale d'avoir un réviseur ne vaut pas interdiction: rien n'empêche le fondateur ou les organes de fondation d'instituer un organe de révision de manière volontaire (art. 69b al. 4 par analogie et 83b al. 3 CC).⁶⁶ Dans ce cas, il faudrait selon RIEMER également prévoir un devoir d'information de l'organe de révision à un organe de surveillance (au sens de l'art. 83c CC).⁶⁷

En outre, les **procédures de modification et de dissolution** des fondations de famille diffèrent de celles des fondations ordinaires.⁶⁸ La procédure de modification des fondations de famille n'est pas traitée par la loi ; ainsi, jurisprudence et doctrine unanime préconisent d'appliquer par analogie les art. 85 et 86 CC (ainsi que l'art. 86b CC) aux conditions matérielles devant être réunies pour que la modification puisse avoir lieu.⁶⁹ En ce qui concerne la procédure en elle-même, la doctrine unanime rejette la compétence de l'autorité de modification des art. 85 et 86 CC, sans toutefois se mettre d'accord sur la question de savoir à quelle autorité revient la compétence pour accomplir ladite modification, les auteurs proposant alternativement le juge civil, l'ensemble des destinataires ou l'organe supérieur de la fondation.⁷⁰ En ce qui concerne la dissolution des fondations de famille, si les causes restent les mêmes que celles des fondations ordinaires, la procédure de dissolution diffère car l'art. 88 al. 2 CC dispose que la dissolution des fondations de famille est prononcée par le juge civil.⁷¹

Pour le surplus, les dispositions générales sur les fondations (art. 80 à 89c CC) sont applicables aux fondations de famille.⁷²

3. **Systématique légale**

La disposition centrale sur la fondation de famille est l'art. 335 al. 1 CC, alors que les dispositions générales du droit des fondations se trouvent aux art. 80 à 89c CC. Comment expliquer cette mise à l'écart de la fondation de famille dans la systématique du CC ?

⁶⁶ BK-RIEMER, ST N 214; MOREAU, p. 71 ss.

⁶⁷ BK-RIEMER, ST N 214.

⁶⁸ CR CC I-VEZ, CC 87 N 4.

⁶⁹ ATF 133 III 167, consid. 4.1; CR CC I-VEZ, CC 87 N 16 ss.

⁷⁰ CR CC I-VEZ, CC 87 N 18 (Notes 45 à 47).

⁷¹ *Id.*, CC 87 N 19 ss.

⁷² BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 4; BK-RIEMER, ST N 254; VEZ, Lacunes, N 127.

ZEITER revient sur **les raisons historiques** et explique que l'idée originelle justifiant l'institution des fondations dans le CC était de créer des **entités à but d'utilité publique** qui pouvaient dès lors se voir affecter un patrimoine de manière illimitée dans le temps.⁷³ L'art. 335 al. 1 CC était alors la consécration du but idéal pour les fondations de famille.⁷⁴ Il a cependant très vite été admis que la notion de « but spécial » de l'art. 80 CC ne se limitait pas aux buts idéaux, mais plutôt à l'idée d'un but suffisamment déterminé.⁷⁵ Ce changement d'interprétation n'a toutefois pas eu lieu concernant l'art. 335 CC dont les buts sont toujours interprétés restrictivement, excluant ainsi les fondations de famille d'entretien.⁷⁶ Comme le résume VEZ, « [...] l'art. 335 CC [...] est [devenu] une exception à l'article 80 CC, au lieu d'en être la concrétisation ».⁷⁷

Une autre raison qui a conduit le législateur à inscrire la fondation de famille à l'art. 335 al. 1 CC était de **la distinguer du fidéicomis de famille**⁷⁸, institution interdite par l'art. 335 al. 2 CC, et d'éviter ainsi de parvenir à un résultat similaire par le biais de l'instrument de la fondation.⁷⁹

La fondation de famille se retrouve ainsi largement écartée du système légal des fondations ordinaires alors que les seuls privilèges qui lui sont encore accordés aujourd'hui sont ceux susmentionnés⁸⁰.

De par la systématique légale, la fondation de famille est en outre **assimilée à la fondation ecclésiastique** en ce sens que ces deux institutions sont réglées à l'art. 87 CC, alors qu'elles n'ont en commun que les privilèges légaux qui leur sont accordés.⁸¹

⁷³ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 80-89a N 1; ZEITER, p. 454.

⁷⁴ ACKERMANN, p. 22; ZEITER, p. 456; VEZ, Lacunes, N 217.

⁷⁵ ACKERMANN, p. 15; *id.*, p. 454; VEZ, Lacunes, N 218.

⁷⁶ ZEITER, p. 455; VEZ, Lacunes, N 219; cf. p. 13.

⁷⁷ ZEITER, p. 456; VEZ, Lacunes, N 219.

⁷⁸ Cf. p. 13.

⁷⁹ BK-RIEMER, ST N 226; ZEITER, p. 456; HAMM/PETERS, p. 250.

⁸⁰ Cf. p. 8 ss.

⁸¹ JAKOB, *Agenda*, N 49.

B. Jalons historiques

Les limitations auxquelles sont aujourd'hui soumises les fondations de famille (notamment l'interdiction des buts d'entretien) sont liées à l'interdiction antérieure des fidéicommiss de famille.⁸²

Le **fidéicommiss de famille** est une institution très ancienne qui nous vient d'Italie et d'Espagne et qui est apparue en Suisse au cours du 17^{ème} siècle.⁸³ L'idée était alors de permettre aux familles nobles ou bourgeoises aisées de transmettre leur patrimoine immobilier (surtout de grands domaines agricoles ou des propriétés foncières) à travers les générations et d'éviter ainsi leur morcellement.⁸⁴ Cette institution visait aussi un but d'entretien de la famille en assurant des revenus réguliers à ses membres et en augmentant leur niveau de vie général.⁸⁵

Depuis l'entrée en vigueur du CC en 1912, **la création de nouveaux fidéicommiss de famille est interdite** (art. 335 al. 2 CC) ; ceux constitués antérieurement, sous le droit cantonal, restent quant à eux valables.⁸⁶ Les raisons ayant mené à leur proscription sont à la fois politiques (bannir cette institution moyenâgeuse et empêcher que des biens ne soient attribués de manière définitive à une famille), économiques (éviter la prolifération de biens de mainmorte écartés du circuit économique) et morales (lutter contre l'oisiveté).⁸⁷

La question de **l'abolition du fidéicommiss de famille** s'est posée lors des débats précédant l'adoption du CC suisse de 1907⁸⁸ et **a entraîné l'interdiction des fondations de famille dites d'entretien**⁸⁹. À l'époque, les fidéicommiss de famille et fondations de famille étaient en effet considérés comme des institutions indépendantes,⁹⁰ mais traitées de la même manière.⁹¹ Ces deux institutions avaient été placées sur un pied d'égalité par Eugen HUBER.⁹² Ce n'est que suite à l'opposition⁹³ de la Commission d'experts chargée de l'examen de l'avant-projet de CC que le fidéicommiss de famille (à but économique) et la fondation de famille (à but idéal) ont été

⁸² MOREAU, p. 67 et 69; VEZ, Lacunes, N 146 ss.

⁸³ MOREAU, p. 67 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 502.

⁸⁴ MOREAU, p. 68; PAHUD DE MORTANGES, p. 501.

⁸⁵ MOREAU, p. 67.

⁸⁶ MEIER/DE LUZE, N 1298.

⁸⁷ MOREAU, p. 68; MEIER/DE LUZE, N 1298; THORENS, p. 156.

⁸⁸ MOREAU, p. 68.

⁸⁹ BK-RIEMER, ST N 223.

⁹⁰ VEZ, Lacunes, N 145 (Note 270); GERHARD, p. 139.

⁹¹ VEZ, Lacunes, N 145 (Note 271); BK-RIEMER, ST N 221; HAMM/PETERS, p. 250.

⁹² MOREAU, p. 68; HUBER, Avant-projets du Code civil de 1896 et 1900.

⁹³ BK-RIEMER, ST N 221; HAMM/PETERS, p. 250.

distingués, les premiers étant dès lors interdits et les secondes pouvant subsister à des conditions strictes (limitation des buts de la fondation de famille, notamment interdiction des buts d'entretien).⁹⁴ L'art. 335 al. 1 CC fut donc introduit pour permettre la création de fondations de famille à but « noble », s'inspirant des modèles des *zürcherischen Familienfonds* (buts de protection des membres pauvres de la famille, financement de jeunes gens talentueux, etc.) et des *bernischen Familienkisten* (notamment buts d'éducation et de protection des membres pauvres de la famille).⁹⁵

Toutefois, malgré l'interdiction des fondations de famille à but d'entretien, la doctrine et la jurisprudence ont continué, durant plusieurs années, à interpréter cet article comme autorisant ces dernières.⁹⁶ Ainsi, **un but d'entretien pour les fondations de famille n'était à l'origine pas interdit**, mais pouvait au contraire même être poursuivi.⁹⁷ En 1918, HOFFMANN considérait en effet que les « buts analogues » couvraient également les besoins économiques de la famille.⁹⁸ Ce n'est que depuis les critiques de GERHARD (en 1930),⁹⁹ puis d'EGGER (en 1943),¹⁰⁰ suivies par le TF (d'abord au niveau fiscal, puis au niveau civil)¹⁰¹ et la doctrine dominante,¹⁰² que les fondations d'entretien sont interdites. VEZ rappelle par ailleurs que, dans sa première version du Commentaire zurichois de l'art. 335 CC (qui date de 1914), EGGER admettait les fondations de famille à but d'entretien et n'a changé d'opinion qu'à la suite des critiques de GERHARD, survenues après la deuxième crise économique et financière du 20^{ème} siècle qui a mis en avant l'éthique du travail et s'opposait à l'idée qu'une institution permette de « vivre du rendement d'un patrimoine qu'on n'avait pas soi-même constitué, sans être dans une situation de besoin ». ¹⁰³ Elle ajoute qu'avant 1945, le TF lui-même ne s'opposait pas à cet instrument juridique et estimait seulement que « le patrimoine et les revenus des fondations de famille manifestement constituées uniquement pour frauder le fisc, devaient être imputés au fondateur et imposés ainsi, sans pour autant décréter la nullité des fondations d'entretien ». ¹⁰⁴

⁹⁴ BK-RIEMER, ST N 223 ss.

⁹⁵ ZEITER, p. 455; BK-RIEMER, ST N 221; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 1.

⁹⁶ BK-RIEMER, ST N 224; VEZ, Sous-ensembles, p. 149.

⁹⁷ ZEITER, p. 455; BK-RIEMER, ST N 225.

⁹⁸ HOFFMANN, p. 74; VEZ, Sous-ensembles, p. 149; ZEITER, p. 455.

⁹⁹ GERHARD, p. 145 ss et surtout p. 152 ss; VEZ, Sous-ensembles, p. 149; ZEITER, p. 455.

¹⁰⁰ ZK-EGGER 1943, CC 335 N 14; VEZ, Sous-ensembles, p. 148 (Note 18).

¹⁰¹ ATF 71 I 268/269 (fiscal) et ATF 73 II 86, consid. 5 (civil).

¹⁰² ZEITER, p. 455; VEZ, Sous-ensembles, p. 148.

¹⁰³ VEZ, Sous-ensembles, p. 149 ss; ZK-EGGER 1914, CC 335 N 2a; GUTZWILLER, N 42.

¹⁰⁴ ATF 52 I 372, JdT 1927 I 167; ATF 53 I 440, JdT 1928 I 473; ATF 55 I 373; VEZ, Sous-ensembles p. 149 (Note 24).

C. Quelques délimitations

Il convient, ci-dessous, de définir certains instruments juridiques dont la fondation de famille se rapproche, afin de marquer leur distinction par rapport à cette dernière.

1. Fondation d'entretien (*Unterhaltstiftung*)

La fondation d'entretien est une fondation de famille à but économique.¹⁰⁵ En 1930, GERHARD définit la *Unterhaltstiftung* comme une fondation dont les bénéficiaires perçoivent une rente régulière et reçoivent une partie du capital lors de sa dissolution.¹⁰⁶ Cette fondation vise un **entretien général et inconditionnel des membres de la famille**, bénéficiaires de la fondation, permettant une élévation de leur niveau de vie, sans condition spéciale liée à une situation de vie déterminée qui le rende nécessaire.¹⁰⁷

2. Fidéicommis de famille

Le fidéicommis de famille n'est pas défini par le CC, mais par la jurisprudence.¹⁰⁸ C'est un **patrimoine spécial**, dépourvu de la personnalité juridique, lié de manière inaliénable à une famille par une disposition de droit privé et destiné à la jouissance des membres de la famille selon un ordre successoral déterminé.¹⁰⁹ Le **bénéficiaire, toujours un seul membre de la famille**, peut jouir inconditionnellement du patrimoine affecté.¹¹⁰ Il en est propriétaire ou usufruitier, mais a l'obligation de le conserver afin de pouvoir le léguer à son successeur au sein de la famille à son décès.¹¹¹ Il a, en d'autres termes, un **droit de propriété limité** sur le patrimoine qui lui est transmis.¹¹²

3. Fondation mixte

VEZ,¹¹³ qui reprend la définition de RIEMER,¹¹⁴ définit la fondation mixte « comme celle qui **poursuit successivement ou simultanément des buts relevant d'au moins deux types**

¹⁰⁵ ZEITER, p. 453.

¹⁰⁶ GERHARD, p. 138.

¹⁰⁷ BRÜCKNER, N 1461; GERHARD, p. 143; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335, N 9; VEZ, Lacunes, N 130.

¹⁰⁸ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 14a.

¹⁰⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 19.66; MOREAU, p. 67; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 14a; VEZ, Lacunes, N 141 ss; KUKO ZGB-JAKOB, CC 335 N 23; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.168/2002 du 25 novembre 2002; Arrêt du Tribunal fédéral 5C.9/2001 du 18 juin 2001, consid. 3a-b.

¹¹⁰ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 14a; BK-RIEMER, ST N 217.

¹¹¹ BK-RIEMER, ST N 217.

¹¹² MOREAU, p. 67; PAHUD DE MORTANGES, p. 501.

¹¹³ VEZ, Lacunes, N 161.

¹¹⁴ BK-RIEMER, ST N 425.

légaux différents ». RIEMER admet les fondations mixtes dont le but relève à la fois des fondations ordinaires et spéciales, mais leur applique la règle « les difficultés restent, les facilités tombent ».¹¹⁵ Ces fondations sont donc selon lui contraintes de respecter l'art. 335 al. 1 CC, sans bénéficier toutefois des privilèges qui y sont liés (absence de surveillance étatique et d'instituer un organe de révision).¹¹⁶ Pour VEZ, cette règle est inéquitable (limitation de la volonté du fondateur sans attribution de privilèges en contrepartie)¹¹⁷ et contraire au principe de la forme fixe des personnes morales¹¹⁸. Il faudrait d'après elle plutôt déterminer de quel type (ordinaire ou spécial) de fondation la fondation mixte se rapproche le plus de par son but (ce qui n'est pas chose aisée) et lui appliquer toutes les dispositions relatives à ce type de fondation.¹¹⁹ Une solution encore meilleure serait selon elle de créer une nouvelle classification des fondations en érigeant une division binaire qui distinguerait fondations à but d'intérêt public (fondations qualifiées) et privé (fondations subsidiaires).¹²⁰

D. Arguments en faveur de la libéralisation

1. Obsolescence des arguments contre la libéralisation

Dans l'ATF 135 III 614, le TF lui-même admet que « les considérations sur la base desquelles a été introduit l'art. 335 al. 2 CC, qui sont d'une part morales, voire puritaines (il s'agissait de **combattre l'oisiveté**) et, d'autre part économiques (il s'agissait d'**empêcher la prolifération de biens de mainmorte**), sont aujourd'hui dépassées », soulignant que « c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse [...] et que les] biens de mainmorte [...] se rapportent à l'ancien régime et sont totalement étrangers au système économique de la Suisse moderne ». ¹²¹

Par ailleurs, face à l'argument historique d'**éviter d'attribuer un patrimoine de manière indéfinie dans le temps à une famille**, ZEITER rétorque que c'est alors l'instrument de la fondation en tant que tel qui est remis en question (et pas seulement la fondation de famille) puisque la fondation a généralement pour vocation d'être créée pour une durée illimitée.¹²²

¹¹⁵ VEZ, Lacunes, N 169; BK-RIEMER, ST N 443.

¹¹⁶ BK-RIEMER, ST N 443; VEZ, Lacunes, N 169.

¹¹⁷ VEZ, Lacunes, N 170.

¹¹⁸ *Id.*, Lacunes, N 171.

¹¹⁹ *Id.*, Lacunes, N 172.

¹²⁰ *Id.*, Lacunes, N 243; cf. p. 23 ss.

¹²¹ ATF 135 III 614, consid. 4.3.3.

¹²² ZEITER, p. 456.

Quant à l'argument selon lequel il existe un besoin de **distinguer la fondation de famille du fidéicommis de famille** afin d'éviter que l'interdiction de ce dernier ne soit contournée par le biais d'une fondation de famille à but d'entretien, ZEITER relève que ces deux instruments sont très différents de par leur nature déjà et qu'il n'est dès lors pas nécessaire de limiter la fondation de famille comme le fait l'art. 335 al. 1 CC.¹²³

2. Concurrence croissante des instruments de planification patrimoniale étrangers

La jurisprudence du TF découlant de l'ATF 135 III 614, considérant que l'art. 335 al. 1 CC n'est pas une norme d'application immédiate de l'ordre juridique suisse au sens de l'art. 18 LDIP, permet la **reconnaissance des fondations d'entretien étrangères** (en l'occurrence liechtensteinoises) en Suisse.¹²⁴ Ainsi, les personnes les plus aisées peuvent décider de créer des fondations de famille à but d'entretien à l'étranger (Liechtenstein, Allemagne, Autriche), contournant ainsi de manière autorisée les restrictions posées par l'art. 335 al. 1 CC.¹²⁵

À titre d'**exemple** on peut citer la **Fondation Hans Wilsdorf**, actionnaire à 100% de Rolex, qui poursuivait à l'origine à la fois un but d'utilité publique et privé en distribuant une partie des dividendes de Rolex aux descendants du fondateur.¹²⁶ Cette deuxième partie n'étant pas admise en Suisse, il a été nécessaire de modifier par la suite les statuts de la fondation et de constituer une fondation de famille liechtensteinoise pour la partie privée (le but d'utilité publique étant maintenu).

Le **trust de droit anglo-saxon** est également utilisé comme outil de planification patrimoniale et permet d'attribuer un patrimoine à une famille dans un but d'entretien de cette dernière.¹²⁷ La Suisse reconnaît depuis 2007 cette institution en tant que telle.¹²⁸ Par ailleurs, le Conseil fédéral, qui a été chargé de rédiger un projet de loi suisse sur les trusts, a récemment publié son avant-projet.¹²⁹

¹²³ ZEITER, p. 457.

¹²⁴ ATF 135 III 614, consid. 4.3.3; GUTZWILLER, N 43.

¹²⁵ ZEITER, p. 457; VEZ, Sous-ensembles, p. 151 ss; MEIER/DE LUZE, N 1298; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 19.65a; MEIER/DE LUZE, N 1298 (Note 2808).

¹²⁶ Cf. [<https://www.fundraiso.ch/sponsor/fondation-hans-wilsdorf-montres-rolex-geneve>] (consulté le 9 mai 2021).

¹²⁷ HAMM/PETERS, p. 255; ZEITER, p. 458.

¹²⁸ GUTZWILLER, N 1; JAKOB, *Freiheit durch Governance*, p. 77; JAKOB/PICHT, p. 856 et 864.

¹²⁹ Motion 18.3383; Avant-projet trust.

Comme ARTER,¹³⁰ on peut dès lors se demander pourquoi notre ordre juridique interdit la fondation d'entretien suisse, mais la reconnaît lorsqu'elle est étrangère, **se privant ainsi d'un instrument de planification successorale supplémentaire « made in Switzerland »** et s'empêchant par-là de le façonner à sa guise.

3. Inégalité de traitement et incohérences du système légal actuel

Le régime actuel du droit suisse consistant à interdire les fondations d'entretien mène d'abord à une **inégalité de traitement entre membres de la famille et personnes étrangères à la famille** (soit les tiers).¹³¹ KÜNZLE relève en effet que le testateur peut disposer librement de la quotité disponible envers les tiers, alors qu'il ne le peut que de manière limitée envers les membres de sa famille par le biais d'une fondation de famille.¹³² Il ajoute par ailleurs que même dans une fondation mixte octroyant des bénéfices étendus aux tiers, les bénéfices accordés aux membres de la famille restent limités.¹³³

Ensuite, l'interprétation faite aujourd'hui de l'art. 335 al. 1 CC **restreint de manière injustifiée les principes de la liberté du fondateur** (qui prévaut pour les fondations ordinaires) **et de la liberté de disposer du testateur** (qui veut que le futur *de cuius* puisse disposer librement dans le cadre de sa quotité disponible).¹³⁴

HAMM/PETERS¹³⁵ relèvent encore le paradoxe des **fondations surdotées (*überdotierte Stiftungen*)**¹³⁶: le fondateur attribue un patrimoine important à une fondation de famille avec l'intention d'en faire bénéficier les membres de sa famille et se retrouve en fin de compte à enrichir l'administration fiscale. En effet, les actifs de la fondation sont trop peu souvent utilisés (en raison de la trop rare réalisation d'un des motifs limités de l'art. 335 al. 1 CC donnant droit à un versement aux bénéficiaires) et continuent à s'accumuler, tout en restant soumis à imposition.¹³⁷

¹³⁰ ARTER, p. 117.

¹³¹ BREITSCHMID, p. 134; KÜNZLE, *Konturen*, p. 10; VEZ, Lacunes, N 216; VEZ, Sous-ensembles, p. 150 (Note 31); ZEITER, p. 453 et 457; HAMM/PETERS, p. 250 ss.

¹³² KÜNZLE, *Konturen*, p. 10.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ VEZ, Lacunes, N 220; ZEITER, p. 457; HAMM/PETERS, p. 251; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 13c.

¹³⁵ HAMM/PETERS, p. 251.

¹³⁶ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335, N 13a ss.

¹³⁷ HAMM/PETERS, p. 251; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335, N 13a ss.

4. Évolution de la société et des mœurs

Au cours du dernier siècle, soit depuis l'adoption du CC, **la notion de famille** a beaucoup évolué et perdu son sens univoque: la famille est aujourd'hui multiforme.¹³⁸ Les critères utilisés pour déterminer le cercle des bénéficiaires d'une fondation de famille sont néanmoins toujours ceux de parenté et d'alliance.¹³⁹ Pour RIEMER, seuls ces critères sont valables car c'est le caractère intime de la famille qui justifie les privilèges de la fondation de famille (argument téléologique) et il faut pouvoir se rattacher à un critère de distinction objectif et sûr pour déterminer le cercle de ses bénéficiaires (argument de sécurité juridique).¹⁴⁰ VEZ regrette que ces arguments ne prennent pas en compte l'évolution des mœurs et **l'augmentation du nombre de couples vivant en union libre**.¹⁴¹ On notera toutefois que cette remarque a été formulée en 2004 et que c'est aujourd'hui surtout la question des **familles recomposées** qui est d'actualité. VEZ concède néanmoins que la détermination du cercle des bénéficiaires de la fondation de famille doit pouvoir reposer sur un critère objectif et que l'on ne saurait l'y soustraire simplement dans le but de s'adapter aux modes de vie actuels.¹⁴²

En second lieu, VEZ note que la société suisse a évolué depuis l'adoption du CC en 1907 et que **l'avènement de l'État social** qui prend à sa charge les frais d'éducation de la population, promeut la création de nouvelles entreprises et assure l'assistance de la collectivité publique a rendu obsolètes le recours aux fondations de famille (leurs buts étant trop limitatifs).¹⁴³

5. Attractivité de la place financière suisse

Comme le soulève Vez, « [l]a levée de l'interdiction des fondations d'entretien - doublée de mesures complémentaires en matière fiscale - **empêcherait** non seulement **une potentielle fuite de capitaux suisses vers l'étranger** [notamment vers le Liechtenstein ou l'Autriche, dont le droit est plus permissif que le droit suisse], mais augmenterait également l'attrait de la Suisse pour les fondateurs étrangers ». ¹⁴⁴

¹³⁸ VEZ, Sous-ensembles, p. 152.

¹³⁹ Cf. p. 7.

¹⁴⁰ BK-RIEMER, ST N 167; VEZ, Lacunes, N 152 ss.

¹⁴¹ VEZ, Lacunes, N 155.

¹⁴² *Id.*, Lacunes, N 155.

¹⁴³ *Id.*, Lacunes, N 209.

¹⁴⁴ VEZ, Lacunes, N 213; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 3.

Contrairement aux fondations de famille liechtensteinoises, les fondations de famille suisses ne bénéficient pas d'une exonération fiscale.¹⁴⁵ Une **meilleure attractivité et compétitivité** de la fondation de famille suisse passerait donc nécessairement par des **allègements fiscaux** (qui ne seront pas approfondis dans le présent travail).¹⁴⁶

6. Utilité intrinsèque de la fondation de famille libéralisée

À ce jour, en raison des limitations de l'art. 335 al. 1 CC, un fondateur ne peut pas avoir recours à la fondation de famille dans toutes sortes de circonstances qui justifieraient l'utilisation de cette forme juridique si elle était libéralisée. Nous souhaitons illustrer ici trois exemples de situations qui montrent les limitations regrettables du droit actuel.

La fondation de famille libéralisée peut s'avérer utile comme outil de planification du patrimoine lorsqu'il s'agit pour le fondateur d'**éviter le morcellement d'une partie de ses biens** à son décès. On peut notamment penser aux cas où ce dernier a consacré sa vie à assembler une collection d'art ou d'autres objets mobiliers (ex.: collection de voitures de luxe, d'une bibliothèque, etc.) dont il souhaite faire bénéficier ses descendants tout en préservant son unité. La fondation de famille peut se révéler également utile pour maintenir entre les mains d'une même famille, à travers les générations, un patrimoine immobilier.

Un autre exemple est la situation dans laquelle un **fondateur, par hypothèse frappé d'une maladie incurable** et auquel il ne reste que quelques mois à vivre, souhaite que différents actifs qu'il possède soient transmis à son décès dans une fondation ayant pour but de détenir ces actifs pour le bénéfice de ses enfants mineurs, le temps que ces derniers atteignent l'âge de la majorité. D'autres circonstances similaires peuvent se présenter comme par exemple le cas du grand-père, dont les enfants seraient décédés, qui souhaiterait qu'à son propre décès, ses actifs soient transmis dans une fondation ayant pour buts de distribuer annuellement des montants suffisants pour assurer le train de vie de ses petits-enfants et d'assurer la protection et transmission du patrimoine de la fondation au moment où ces derniers seront majeurs.

La fondation de famille peut également être utilisée comme **actionnaire ultime d'une SA** dans le but d'empêcher, suite au décès du fondateur, la prise de contrôle de la SA par des tiers tout

¹⁴⁵ VEZ, Commentaire du *Swiss Foundation Code* 2009, p. 132.

¹⁴⁶ Pour plus d'approfondissements sur l'imposition des fondations de famille: STOJANOVIC, surtout p. 336 ss.

en assurant que les dividendes de la SA distribués à la fondation de famille actionnaire puissent être versés au fil du temps aux bénéficiaires de la fondation de famille.

II. COMMENT LIBÉRALISER LA FONDATION DE FAMILLE ?

A. Retour sur les diverses propositions

De par les limitations légales et la pratique restrictive du TF, **la fondation de famille suisse est devenue un instrument obsolète** dans le monde de la planification du patrimoine.¹⁴⁷ Or, les arguments développés ci-dessus¹⁴⁸ montrent que l'interdiction des fondations d'entretien n'est à notre sens plus justifiée aujourd'hui.¹⁴⁹ Le doctrine majoritaire (surtout suisse-alémanique)¹⁵⁰ préconise dès lors, par diverses approches, de libéraliser la fondation de famille selon les modalités présentées ci-après.¹⁵¹

1. Réinterprétation plus large de l'art. 335 al. 1 CC (*de lege lata*)

Le Tribunal fédéral¹⁵² interprète aujourd'hui la notion de « buts analogues » de manière très stricte. Pour une grande partie de la doctrine, cette interprétation stricte, qui nous vient de GERHARD¹⁵³, n'est pas justifiée.¹⁵⁴ GUTZWILLER soutient en effet que l'art. 335 al. 1 CC ne mentionne pas explicitement l'interdiction des fondations d'entretien et comporte la notion de « *buts analogues* » précisément pour éviter que le texte légal ne soit trop limitatif.¹⁵⁵ Il soulève par ailleurs que l'interdiction du fidéicommis de famille (art. 335 al. 2 CC) et de la substitution fidéicommissaire en faveur d'un deuxième appelé (art. 488 al. 2 CC) se trouvent clairement exprimées dans le texte légal, ce qui n'est pas le cas de la fondation d'entretien.¹⁵⁶ KÜNZLE critique également l'interprétation restrictive du TF quant à la notion de « buts analogues » et propose alternativement une reformulation ou une révision de l'art. 335 al. 1 CC.¹⁵⁷

¹⁴⁷ BRÜCKNER, N 1563; OPEL, p. 2; VEZ, Lacunes, N 209.

¹⁴⁸ Cf. p. 14 ss.

¹⁴⁹ OPEL, p. 4; FF 2006 p. 575.

¹⁵⁰ HAMM/PETERS, p. 250 et p. 254; GUTZWILLER, N 1 ss; BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 3; JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 232 ss; JAKOB, *Agenda*, N 46; KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 190 ss.

¹⁵¹ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 3.

¹⁵² Pour la première fois dans l'ATF 71 I 265, consid. 1, JdT 1945 I 536; ATF 108 II 393, JdT 131 I 587; ATF 133 III 167; ATF 135 III 614; JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 325; VEZ, *Sous-ensembles*, p. 148 (Notes 14 et 15).

¹⁵³ GERHARD, p. 139 ss.

¹⁵⁴ GUTZWILLER, N 15.

¹⁵⁵ *Id.*, N 2 et 15.

¹⁵⁶ *Id.*, N 15.

¹⁵⁷ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 191; JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 325.

ZEITER souligne qu'une interprétation étendue de l'art. 335 al. 1 CC (dans laquelle les buts d'entretien seraient permis) aurait pour effet de faire bénéficier les fondations d'entretien des mêmes privilèges que les fondations de famille ordinaires.¹⁵⁸ Elle a donc développé l'idée de **soumettre au régime ordinaire (art. 80 ss CC) les fondations constituées en faveur des membres de la famille, mais dont le but ne s'inscrit pas dans les limites de l'art. 335 al. 1 CC.**¹⁵⁹ Ainsi, seules les fondations de famille au sens étroit (dont le cercle des bénéficiaires se limite aux membres de la famille et les buts sont conformes à l'art. 335 al. 1 CC) seraient soumises à l'interprétation actuelle du TF (et donc dispensées de surveillance étatique), alors que toutes les autres fondations de famille (notamment celles à but d'entretien) seraient soustraites à cette interprétation et perdraient les avantages de la fondation de famille (notamment l'absence de surveillance étatique).¹⁶⁰

Pour HAMM/PETERS, qui voient dans la solution de ZEITER un bon moyen de restaurer la fondation d'entretien en Suisse, le fait de soumettre cette dernière à la surveillance de l'État, n'est en revanche **pas souhaitable** (pour comparaison, les pays germanophones voisins de la Suisse qui autorisent les fondations d'entretien ne les soumettent pas à une surveillance étatique).¹⁶¹ Selon OPEL¹⁶² et GRÜNINGER¹⁶³, la proposition de ZEITER s'apparente même à un **contournement de la loi**.

JAKOB relève quant à lui que **les modalités de l'octroi des prestations** aux bénéficiaires de la fondation sont un terrain de jeu trop peu exploité.¹⁶⁴ Il explique que l'on ne saurait attendre qu'un des buts de l'art. 335 al. 1 CC – autrement dit, une situation d'urgence - se réalise pour octroyer une prestation aux bénéficiaires de la fondation et envisage dès lors un versement forfaitaire en capital pour couvrir les besoins anticipés des destinataires dans un cas de réalisation prévisible d'un des buts de l'art. 335 al. 1 CC.¹⁶⁵

¹⁵⁸ ZEITER, p. 453.

¹⁵⁹ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 326; HAMM/PETERS, p. 255; ZEITER, p. 453 ss.

¹⁶⁰ ZEITER, p. 454.

¹⁶¹ HAMM/PETERS, p. 255.

¹⁶² OPEL, p. 7.

¹⁶³ BSK ZGB I-GRÜNINGER, CC 335 N 12a.

¹⁶⁴ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 332.

¹⁶⁵ *Ibid.*

2. Reformulation de l'art. 335 al. 1 CC (*de lege ferenda*)

Une autre solution serait de reformuler l'art. 335 al. 1 CC, ce qui nécessiterait un **changement législatif**. Pour reprendre les termes de LANTER qui regrette que la Suisse ne fasse pas meilleur usage de la fondation de famille (comme c'est le cas dans plusieurs juridictions étrangères): « *[e]s besteht hier dringender Bedarf zur Gesetzesrevision* ». ¹⁶⁶

Plusieurs auteurs proposent d'**autoriser la fondation d'entretien**, mais **pour une durée limitée**. ¹⁶⁷ KÜNZLE s'en tient à une limite temporelle de 50 ans. ¹⁶⁸ THORENS ¹⁶⁹ est quant à lui plus généreux et va jusqu'à admettre une durée de 80 à 100 ans (par analogie notamment à l'usufruit de l'art. 749 al. 2 CC ¹⁷⁰ et à la substitution fidéicommissaire pour laquelle P. PIOTET ¹⁷¹ propose aussi une durée maximale de 100 ans). THÉVENOZ préconise également de limiter la durée des fondations d'entretien, tout en élargissant leur objet, plutôt que de garder la solution actuelle qui ne les soumet pas à une limitation temporelle, mais circonscrit leurs buts admissibles. ¹⁷² Cette piste nous semble opportune et sera examinée plus loin. ¹⁷³

Afin d'augmenter l'attractivité des fondations mixtes, JAKOB suggère de **ne pas soumettre à une limite temporelle les fondations mixtes** dont le but d'entretien est couplé à un but principal d'utilité publique. ¹⁷⁴

Quant à la question du **cercle des bénéficiaires de la fondation de famille**, KÜNZLE propose de **préciser ce dernier dans le texte légal**, s'en tenant toutefois à une notion de famille restreinte qui ne comprend que le fondateur lui-même, son/sa conjoint(e) ou son/sa partenaire enregistré(e) et leurs descendants. ¹⁷⁵ JAKOB est à l'inverse d'avis qu'il faudrait ouvrir le cercle des bénéficiaires de la fondation de famille à toutes les personnes privées. ¹⁷⁶ THÉVENOZ est également d'avis que le cercle des bénéficiaires ne devrait pas se limiter aux membres de la famille, mais plutôt s'étendre à d'autres personnes que le fondateur souhaite gratifier. ¹⁷⁷

¹⁶⁶ LANTER, p. 79 ss.

¹⁶⁷ HAMM/PETERS, p. 255; KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 186; OPEL, p. 9.

¹⁶⁸ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 186 et 192; OPEL, p. 9.

¹⁶⁹ THORENS, p. 160.

¹⁷⁰ VEZ, *Lacunes*, N 214.

¹⁷¹ P. PIOTET, p. 96; THORENS, p. 160.

¹⁷² THÉVENOZ, *Cendrillon*, p. 38.

¹⁷³ Cf. p. 28 ss.

¹⁷⁴ JAKOB, *Agenda*, N 50.

¹⁷⁵ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 192.

¹⁷⁶ JAKOB, *Agenda*, N 48.

¹⁷⁷ THÉVENOZ, *Cendrillon*, p. 38.

En ce qui concerne la notion controversée de « buts analogues », KÜNZLE la **remplacerait par celle de « buts d’entretien »**,¹⁷⁸ ce qui aurait pour effet de mettre un terme aux débats quant à l’interprétation de cette première notion. JAKOB maintiendrait quant à lui les buts de la fondation de famille tels qu’ils existent aujourd’hui dans un nouvel art. 87 al. 1 CC et traiterait la fondation d’entretien séparément dans un nouvel art. 87 al. 3 CC.¹⁷⁹ D. PIOTET propose pour sa part de reformuler l’art. 335 al. 1 CC comme suit: « Les fondations de famille peuvent être créées conformément au droit des personnes ou des successions pour tout but d’assistance, d’entretien, ou de maintien en jouissance d’un patrimoine familial, au profit de parents ou alliés désignés ». ¹⁸⁰

Enfin, KÜNZLE offrirait la possibilité de **transformer les fidéicomis de famille** (interdits) **en fondations de famille** (valables).¹⁸¹ Cela n’est à notre avis pas souhaitable.¹⁸²

3. Suppression de l’art. 335 CC

JAKOB propose d’abord d’ouvrir le cercle des bénéficiaires de la fondation de famille aux personnes privées tierces.¹⁸³ Par conséquent, la fondation de famille devrait être réglée dans la partie générale sur les fondations (par exemple dans un nouvel art. 87 CC) et plus à l’art. 335 al. 1 CC; l’art. 335 al. 2 CC devrait donc également disparaître.¹⁸⁴ Ainsi, **tout l’art. 335 CC pourrait être supprimé**.¹⁸⁵ OPEL relève également que la raison d’être de l’art. 335 CC peut être remise en question.¹⁸⁶ Ainsi, plusieurs auteurs proposent aujourd’hui la simple suppression de cet article,¹⁸⁷ ce qui n’aurait pas pour conséquence de soumettre la fondation de famille au régime ordinaire, mais permettrait de renoncer aux limites imposées par l’art. 335 al. 1 CC quant aux buts de la fondation de famille (qui serait alors réglée ailleurs dans le CC).

Il faudrait encore, selon JAKOB, **distinguer la fondation de famille de la fondation ecclésiastique** par exemple en **réglant ces deux entités dans deux articles séparés** (art. 87 et

¹⁷⁸ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 192.

¹⁷⁹ JAKOB, *Agenda*, N 50.

¹⁸⁰ D. PIOTET, Rapport, p. 92.

¹⁸¹ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 192.

¹⁸² Cf. p. 23.

¹⁸³ JAKOB, *Agenda*, N 48; cf. p. 21.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ OPEL, p. 8.

¹⁸⁷ VEZ, *Sous-ensembles*, p. 150; D. PIOTET, Rapport, p. 73.

87a CC par exemple).¹⁸⁸ L'idée est que ces deux institutions ont été rapprochées par erreur historique et bénéficient des mêmes privilèges, mais ce pour des raisons différentes: la fondation de famille, en raison de son caractère intime et parce que les membres de la famille sont censés assurer eux-mêmes un contrôle de la fondation (au besoin en passant par le juge civil) et la fondation ecclésiastique car son contrôle est assuré par la communauté ecclésiastique.¹⁸⁹ Il n'y a donc pas lieu de les traiter simultanément. Nous partageons cet avis.¹⁹⁰

On notera que le **Conseil fédéral lui-même s'est posé la question de l'abrogation de l'art. 335 al. 2 CC** lors des travaux précédant l'adoption de la CLH trust, abandonnant finalement cette idée de peur qu'elle ne retarde l'adoption de la CLH trust dont la Suisse avait besoin notamment pour rendre sa place financière plus attractive.¹⁹¹ Cette renonciation est regrettable. À notre avis, l'art 335 al. 2 CC est une simple norme transitoire dont on peut se passer aujourd'hui. Par ailleurs, le fidéicommis de famille ne serait plus suffisamment attractif face à la fondation de famille libéralisée et au trust suisse, envisagés aujourd'hui. De par sa durée illimitée, il entre finalement en conflit avec l'art. 488 CC qui limite la substitution fidéicommissaire à deux personnes (le grevé, puis l'appelé).¹⁹²

4. Révision totale du régime légal actuel des fondations

VEZ va plus loin encore et propose de réviser totalement le droit des fondations en créant une **classification binaire** qui distinguerait les fondations **à but d'intérêt public des fondations d'intérêt privé**,¹⁹³ comme c'est le cas en Autriche¹⁹⁴, en Belgique¹⁹⁵ ou au Liechtenstein¹⁹⁶.¹⁹⁷ Les fondations d'intérêt public devraient remplir les conditions d'utilité pour la collectivité publique, de désintéressement (absence d'avantage économique au fondateur ou à ses proches) et d'ouverture du cercle des destinataires.¹⁹⁸ Les fondations

¹⁸⁸ JAKOB, *Agenda*, N 49.

¹⁸⁹ JAKOB, *Agenda*, N 49.

¹⁹⁰ Cf. p. 27.

¹⁹¹ MOREAU, p. 73; FF 2016 p. 593.

¹⁹² D. PIOTET, Rapport, p. 73 ss.

¹⁹³ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 210; VEZ, Lacunes, N 239.

¹⁹⁴ *Bundesgesetz vom 27. November 1974 über Stiftungen und Fonds et Bundesgesetz vom 14. Oktober 1993 über Privatstiftungen*; VEZ, Lacunes, N 239 (Note 439).

¹⁹⁵ Art. 40 de la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations; VEZ, Lacunes, N 239 (Note 440).

¹⁹⁶ §2 StiG; JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 268; JAKOB, *Die liechtensteinische Stiftung*, Rn. 9 ss.

¹⁹⁷ VEZ, Lacunes, N 239; JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 210.

¹⁹⁸ VEZ, Lacunes, N 244 et 250.

d'intérêt privé, à savoir les fondations à but économique, de famille et ecclésiastiques,¹⁹⁹ « dépourvues de ces caractéristiques, constitueraient la forme subsidiaire de fondations »²⁰⁰.

Selon VEZ, les fondations d'entretien sont une sous-catégorie des fondations à but économique,²⁰¹ elles-mêmes fondations d'intérêt privé. Ce qu'elle dit pour les fondations d'intérêt privé vaut donc en partie pour les fondations d'entretien. Or, **une fondation privée devrait** selon VEZ **être soumise à trois conditions**:²⁰² l'exclusion du fondateur du cercle des bénéficiaires (pour respecter le principe de la sécurité des transactions et éviter que le fondateur ne soustraie des biens à la mainmise de ses créanciers),²⁰³ l'interdiction de thésaurisation excessive²⁰⁴ (moins pertinente, selon nous, pour la fondation d'entretien, si ce n'est que les bénéficiaires de la fondation d'entretien devraient à un moment donné effectivement percevoir des bénéfices) et la limitation de la durée de la fondation (pour assurer la protection des héritiers qui ne devraient pas être liés indéfiniment à la volonté du fondateur, permettre la perception d'impôts lors du transfert de patrimoine de la fondation aux bénéficiaires et éviter les biens de mainmorte en redistribuant les richesses de la fondation au sein de la collectivité publique)²⁰⁵.

Dans ce nouveau régime, la surveillance des fondations ne serait plus la règle, mais l'exception et seules les fondations d'intérêt public (condition matérielle) qui en feraient la demande (condition formelle) pourraient bénéficier de la surveillance administrative, cette dernière devenant ainsi un service offert par l'État et non plus une contrainte imposée par ce dernier.²⁰⁶ VEZ avertit toutefois que le TF considère à ce jour comme un abus le fait qu'une fondation se prévale publiquement de sa soumission à la surveillance étatique comme moyen de publicité dans le cadre d'une collecte de fonds.²⁰⁷ En ce qui concerne les **fondations privées**, ces dernières seraient soumises à un **contrôle interne** exercé par un organe de révision et couplé à une norme de responsabilité civile des organes de la fondation (contrôle étatique indirect).²⁰⁸

¹⁹⁹ VEZ, *Thesen*, p. 233.

²⁰⁰ VEZ, *Lacunes*, N 244.

²⁰¹ VEZ, *Lacunes*, N 214.

²⁰² *Id.*, *Lacunes*, N 315.

²⁰³ *Id.*, *Lacunes*, N 316 ss.

²⁰⁴ *Id.*, *Lacunes*, N 325 ss.

²⁰⁵ *Id.*, *Lacunes*, N 329 ss.

²⁰⁶ *Id.*, *Lacunes*, N 765 ss; VEZ, *Surveillance étatique et autorégulation*, p. 361; VEZ, *Thesen*, p. 240 ss.

²⁰⁷ VEZ *surveillance étatique et autorégulation*, p. 361; ATF 105 II 70, JdT 1980 I 23.

²⁰⁸ VEZ, *Lacunes*, N 755; cf. p. 31 ss.

JAKOB soulève, à juste titre que cette proposition n'offre pas de solution contre l'interdiction actuelle des fondations d'entretien, mais permettrait néanmoins une **refonte du droit des fondations**, ce qui offrirait une marge de manœuvre pour repenser ce dernier (peut-être de manière **plus libérale**).²⁰⁹

JAKOB met en avant la solution introduite au Liechtenstein lors la révision du droit des fondations entrée en vigueur le 1^{er} avril 2009²¹⁰ qui a instauré un nouveau système de gouvernance gradué des fondations.²¹¹ Partant de cette base, son idée serait de conserver l'institution de la fondation comme un ensemble, tout en tenant compte des différent(e)s formes et buts des fondations suisses par le biais d'une gradation dans les exigences de leurs établissement et gouvernance/contrôle.²¹² Il voudrait créer une concordance pratique (« *praktische Konkordanz* ») entre libertés du fondateur (de créer une fondation et dans la détermination des buts de celle-ci ; « *Stifterfreiheit* ») et contrôle de la fondation (« *Governance* ») qui interviendrait sous la forme de ce qu'il appelle « *Freiheit durch Governance* ».²¹³ Comme au Lichtenstein, les fondations d'intérêt privé (parmi lesquelles les fondations de famille et notamment à but d'entretien) pourraient se soumettre au contrôle externe de l'État par leurs statuts (§29 al. 1 StiG)²¹⁴ et seraient soumises à une gouvernance interne qui s'exercerait en principe par les bénéficiaires (§9 StiG)²¹⁵ et par exception via un organe de contrôle interne (§11 StiG; un réviseur, une personne physique de confiance ou le fondateur lui-même)²¹⁶.

5. Remplacement de la fondation de famille par un nouvel instrument juridique de pérennisation privée d'actifs

JAKOB évoque la possibilité de créer – à côté des fondations - un nouvel instrument juridique pour la pérennisation privée d'actifs.²¹⁷ Cette solution aurait pour avantages de ne pas toucher aux instruments déjà en vigueur dans l'ordre juridique suisse et d'en offrir un nouveau

²⁰⁹ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 335.

²¹⁰ Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (LGBI-Nr 2008.220; LR-Nr 216.0); JAKOB, *Liechtensteinische Stiftung*, N 18.

²¹¹ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 270 ss.

²¹² *Id.*, *Stiftungsbegriff*, p. 271.

²¹³ *Id.*, *Stiftungsbegriff*, p. 337 ss.

²¹⁴ JAKOB, *Liechtensteinische Stiftung*, N 473.

²¹⁵ *Id.*, *Liechtensteinische Stiftung*, N 476.

²¹⁶ *Id.*, *Liechtensteinische Stiftung*, N 495 et 503 ss.

²¹⁷ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 335.

dont le contrôle ne serait plus délégué à d'autres systèmes juridiques.²¹⁸ Cette nouvelle structure devrait être plus libérale (notamment en dépassant les limites de l'art. 335 al. 1 CC) et respecter parallèlement les exigences internationales en matière de gouvernance et conformité (piliers du droit des fondations de l'avenir selon JAKOB).

SPRECHER a, pour sa part, pensé un nouveau « *Vehikel zur privatnützigen Vermögensperpetuierung* » qu'il appelle « *Privatfonds* ».²¹⁹ Ce dernier devrait reposer sur quatre principes: conformité fiscale, protection de la sphère privée, garantie de la protection légitime des tiers (notamment des créanciers) et préservation de la liberté du fondateur.²²⁰ En comparaison à la fondation de famille et au fidéicomis de famille, le **Privatfonds** pourrait être destiné à une famille (sans que cela soit une condition nécessaire), serait fiscalement plus attractif et autoriserait les buts d'entretien.²²¹ Ainsi, la fondation de famille serait supprimée et remplacée par le *Privatfonds* et le fidéicomis de famille ré-autorisé.²²² Contrairement au trust, le *Privatfonds* aurait une personnalité juridique et serait plus proche du système juridique de droit civil, ainsi que codifiable.²²³ En résumé, l'art. 335 CC serait supprimé, l'art. 80 CC modifié et le *Privatfonds* réglé dans une loi à part (la « *Privatfondsgesetz* »).²²⁴

THÉVENOZ évoquait quant à lui, à l'époque, la possibilité d'une incorporation dans l'ordre juridique suisse d'une **fiducie-libéralité** plutôt que de recourir à la fondation de famille; plus souple (car ne devant pas forcément fixer le montant et le mode précis des distributions futures), moins coûteuse et moins lourde (administrativement parlant), cette dernière serait un moyen intéressant de distribuer la quotité disponible du disposant de manière différée dans le temps, selon les besoins du moment.²²⁵

On notera par ailleurs que la Suisse réfléchit aujourd'hui à l'insertion d'un droit suisse des **trusts** dans son ordre juridique.²²⁶ Pour D. PIOTET, l'adoption du trust est à préférer à une simple révision de l'art. 335 CC et apporterait plus de solutions: « Contrairement à la fiducie, le trust suppose un patrimoine juridiquement séparé des autres biens du titulaire, et cela avec effet à

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ JAKOB, *Stiftungsbegriff*, p. 336; SPRECHER, p. 183 (Note 1).

²²⁰ SPRECHER, pp. 191 ss.

²²¹ *Id.*, p. 193.

²²² *Ibid.*

²²³ *Id.*, p. 193 ss.

²²⁴ *Id.*, p. 204.

²²⁵ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 38.

²²⁶ JAKOB, *Freiheit durch Governance*, p. 77; THEVENOZ, *The Future of trusts*, p. 300 ss.

l'égard des tiers; contrairement à la fondation en revanche, le trust ne suppose pas de titularité par un sujet de droit constitué distinctement ». ²²⁷ THÉVENOZ reconnaît également que la souplesse du trust pourrait se prêter de manière adéquate aux besoins de la planification successorale et fiscale d'un patrimoine. ²²⁸ Nous exposerons plus loin notre avis à ce sujet. ²²⁹

B. Propre proposition

1. Reformulation de l'art. 335 al. 1 CC dans un nouvel art. 87 CC

Nous sommes de l'avis de JAKOB qu'il convient de **supprimer l'art. 335 CC et de reformuler cette disposition dans un nouvel art. 87 CC.** ²³⁰ Cette solution aurait pour avantages de replacer la fondation de famille dans les dispositions générales sur les fondations (ce qui nous paraît être sa place logique puisqu'il s'agit d'une fondation, qu'outre ses privilèges légaux, elle est soumise aux règles générales des fondations ordinaires après lesquelles elle viendrait s'insérer, et ce dans un article qui l'accueille déjà), de supprimer l'art. 335 CC qui ne fait plus de sens aujourd'hui et d'offrir à la fondation de famille une disposition propre, afin de la distinguer de la fondation ecclésiastique.

Pour mettre fin au débat doctrinal et à la jurisprudence restrictive du TF quant à la notion de « buts analogues », ces termes pourraient être supprimés. ²³¹ L'idée serait d'ouvrir les buts admissibles de la fondation de famille à tous buts d'entretien de ses bénéficiaires de manière inconditionnelle. ²³²

Quant aux bénéficiaires de la fondation de famille, ces derniers devraient à notre sens **continuer de se limiter aux membres de la famille**, cette notion étant entendue **dans un sens large**. On pourrait par exemple utiliser les critères de « parenté, d'alliance et de relations similaires » (cette dernière notion visant par exemple l'enfant d'un premier mariage du conjoint du fondateur, élevé par ce dernier comme son propre enfant). En revanche, l'ouverture de la fondation de famille à des personnes privées tierces ne nous semble pas opportune. Si les buts de la fondation de famille devaient être ouverts (notamment à l'entretien des bénéficiaires),

²²⁷ D. PIOTET, Rapport, p. 74.

²²⁸ THÉVENOZ, Cendrillon, p. 34.

²²⁹ Cf. p. 34 ss.

²³⁰ Cf. p. 22 ss.

²³¹ RIEMER mettait déjà en cause leur raison d'être, puisqu'il les considérait comme englobés dans les autres buts mentionnés à l'art. 335 al 1 CC; cf. p. 4 (Note 21).

²³² D. PIOTET, Rapport, p. 72 ss et 92.

ainsi que le cercle de ses bénéficiaires étendu (notamment à des personnes privées tierces), il n'y aurait plus lieu de la distinguer d'une fondation ordinaire.

En résumé, on pourrait rédiger le nouvel art. 87 al. 1 CC ainsi: « La fondation de famille peut être créée pour tout but d'éducation, d'établissement, d'assistance, d'entretien ou de maintien en jouissance d'un patrimoine familial, au profit de parents, d'alliés ou de personnes se trouvant dans une relation similaire par rapport au fondateur ».

2. Limitation temporelle de la fondation de famille

L'idée de limiter la durée de la fondation de famille nous paraît également judicieuse. En revanche, cette limitation temporelle ne devrait pas, comme le suggère JAKOB²³³, se cantonner aux fondations de famille à but d'entretien, mais devrait plutôt, comme le propose KÜNZLE²³⁴, porter sur toutes les fondations de famille (quel que soit leur but).

Certes, la fondation est généralement une institution pérenne. Mais cela n'est nullement une exigence légale (certaines fondations sont destinées à s'éteindre une fois leur but atteint). Par ailleurs, cette caractéristique touche principalement les fondations ordinaires et découle souvent de leur but d'utilité publique. En outre, la fondation de famille se distingue des fondations ordinaires sur plusieurs points déjà mentionnés²³⁵. Une limitation temporelle de la fondation de famille libéralisée n'est donc pas inenvisageable et nous semble même opportune.

Cette solution aurait pour **avantages**, dans le cas d'une fondation de famille dont les buts seraient restreints (c'est-à-dire conditionnels et/ou toujours circonscrits dans les limites de l'éducation, assistance et établissement des bénéficiaires), d'offrir une solution au problème des fondations surdotées, et dans le cas d'une fondation de famille à but d'entretien (dont les versements seraient plus fréquents et inconditionnels), d'éviter les problèmes liés à une famille en croissance continue (épuisement et donc manque de ressources pour couvrir les attentes de tous les bénéficiaires, conflits internes entre les membres de la famille, etc.). Une limitation temporelle permettrait également de faire coïncider la fondation de famille avec les limitations temporelles auxquelles sont soumis d'autres instruments de notre ordre juridique

²³³ JAKOB, *Agenda*, N 50 ss.

²³⁴ KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 192.

²³⁵ Cf. p. 4 ss.

(usufruit, substitution fidéicommissaire, potentiellement le trust suisse,²³⁶ etc.), de réduire la charge que peut représenter une fondation pour les personnes qui la gèrent ou pour les bénéficiaires et de résoudre la problématique du but devenu absurde suite à l'écoulement du temps (sans devoir passer par une modification complexe de ce dernier).

Nous inspirant du modèle autrichien, l'idée de pouvoir **renouveler la fondation de famille à l'échéance de 100 ans**,²³⁷ nous paraît attractive. On notera que cette durée serait un maximum, et non un minimum, le fondateur restant libre de créer sa fondation pour une période plus courte. Cette solution soulève néanmoins d'autres questions.

On peut tout d'abord se demander **qui aurait la compétence pour décider de ce renouvellement**. Le renouvellement par décision unanime de tous les bénéficiaires de la fondation (comme c'est le cas en Autriche)²³⁸ semble impraticable dans une grande fondation surtout (intérêts divergents des bénéficiaires, constitution d'alliances au sein même de la fondation, etc.). Il faudrait, selon nous, plutôt envisager un **système de majorité qualifiée au sein du conseil de fondation**.

Ce système de renouvellement serait assorti d'un **droit de sortie des bénéficiaires**. La possibilité d'exercer ce **droit de sortie** (inspirée du droit de dénonciation que connaît l'indivision de famille à l'art. 338 al. 2 CC) devrait à notre sens être offerte aux bénéficiaires de la fondation de famille, non seulement à l'échéance des 100 ans (lorsque la question de son renouvellement se pose), mais également en cours de vie de la fondation dans des situations déterminées et pour de justes motifs (ex.: discrimination ou désavantage constant d'une branche de la famille par rapport aux autres).

Quant aux **modalités d'exercice de ce droit de sortie**, il devrait (comme dans le cas de l'indivision de famille) faire l'objet d'un préavis d'une durée adéquate et ne saurait être exercé de façon inopportune.²³⁹ Le bénéficiaire ou la branche sortant(e) serait **désintéressé(e) sous forme de capital versé en liquidités** et représentant une fraction de la fortune de la fondation. Cette proportion pourrait être fixée dans l'acte de fondation ou dans les statuts (ex.: pour une

²³⁶ Cf. Avant-projet trust, Art. 529u al. 1 nCO.

²³⁷ §35 al. 2 ch. 3 Bundesgesetz vom 14. Oktober 1993 über Privatstiftungen; KÜNZLE, *Quo vadis*, p. 176.

²³⁸ §35 al. 2 ch. 3 Bundesgesetz vom 14. Oktober 1993 über Privatstiftungen.

²³⁹ CR CC I-PIOTET, CC 338 N 3.

branche, part de capital fixée proportionnellement au nombre de branches, pour un bénéficiaire individuel, part de capital fixée proportionnellement par tête). En revanche, le bénéficiaire ou la branche sortant(e) ne devrait plus, par la suite, pouvoir demander à percevoir des prestations de la part de la fondation (ex.: pas de versement des revenus, pas de part à la plus-value future d'un bien lors de la dissolution de la fondation postérieure à l'exercice du droit de sortie, etc.). Si la fondation ne devait pas disposer de liquidités suffisantes ou si un tel versement venait à mettre en péril son existence, elle pourrait toujours effectuer un emprunt bancaire, afin de désintéresser les bénéficiaires faisant valoir leur droit de sortie. En tout état de cause, le droit de sortie d'un bénéficiaire ne devrait pas mettre en péril l'existence de la fondation ou la réalisation par cette dernière de ses buts (ex.: la vider de son capital).

Il faudrait également voir dans ce droit de sortie un **mode alternatif et interne de résolution de litiges**: au lieu de soumettre directement un litige au juge civil, avec le risque de la dissolution de la fondation, le problème serait traité antérieurement, limitant ainsi la charge des tribunaux et préservant la fondation d'une éventuelle dissolution.

On notera encore que les principes de la limitation temporelle maximale de 100 ans et du droit de sortie seraient réglés dans la loi (dans le nouvel art. 87 CC ou juste après), tandis que les détails de leur mise se trouveraient dans l'acte de fondation ou les statuts.

3. Composition et renouvellement du conseil de fondation

Dans le cadre de la libéralisation de la fondation de famille, la composition du conseil de fondation, ainsi que son processus de désignation et de renouvellement nous semblent être des points centraux.

La première question qui se pose est celle de **la composition du conseil de fondation** de la fondation de famille libéralisée. Ce dernier devrait, à notre sens, comprendre **au moins un membre externe et indépendant, sans intérêt partisan**, afin d'apporter un regard neutre, objectif et désintéressé sur les décisions à prendre au sein du conseil (et d'éviter ainsi des conflits d'intérêts entre membres ou des risques d'abus dans les prises de décisions). Cette exigence représenterait un minimum et le fondateur serait parfaitement libre de nommer uniquement des tels membres (par exemple dans le cas où tous les bénéficiaires seraient mineurs). A côté de ce(s) membre(s) externe(s), le fondateur pourrait **également nommer des bénéficiaires comme membres du conseil de fondation**. Il serait alors judicieux de prévoir

une représentation égalitaire par branches, de telle sorte que chaque branche soit représentée au sein du conseil de fondation, et ce, avec un nombre égal de bénéficiaires par branche (ex.: pour une famille de 3 branches, soit 1 bénéficiaire par branche, donc 3 bénéficiaires élus, soit 2 bénéficiaires par branches, donc 6 membres élus, etc.).

Deuxièmement, il faudrait prévoir **qui aurait la compétence pour nommer les membres du conseil de fondation**. Le premier conseil de fondation serait logiquement désigné par le fondateur. Lors d'un changement subséquent d'un ou plusieurs membres du conseil de fondation, le principe resterait celui de la cooptation, les membres sortant participant à l'élection des membres entrants. En revanche, la question se complique en cas de révocation de la qualité de membre du conseil de fondation par le juge civil.²⁴⁰ Plusieurs solutions sont alors envisageables. On pourrait soit simplement envisager la désignation du nouveau membre par le juge civil, qui serait alors évidemment tenu de respecter la composition du conseil de fondation telle que prévue dans l'acte de fondation ou les statuts. On pourrait aussi imaginer un droit de participation des autres bénéficiaires de la fondation dans la désignation de ce nouveau membre. Si le membre à remplacer était un tiers externe et indépendant, les bénéficiaires pourraient se concerter pour proposer au juge quelques candidats. Le même principe prévaudrait si le membre à remplacer était un bénéficiaire, mais la participation au choix du bénéficiaire remplaçant serait alors limitée aux membres de la branche à laquelle appartenait le bénéficiaire sortant. Dans tous les cas, le choix final serait entre les mains du juge. On notera que cette proposition peut poser problème dans le cas où le bénéficiaire sortant est par hypothèse le dernier membre de sa branche, le conseil ne pouvant alors plus être composé conformément à l'acte de fondation ou aux statuts. Dans ce dernier cas, une modification de ces actes ou (en dernier recours) la dissolution de la fondation par le juge seraient à envisager.

On peut finalement se demander **où ces questions devraient être réglées**. A notre avis, elles devraient figurer dans l'acte de fondation ou dans les statuts, la loi nous paraissant à ce titre trop rigide face au principe de la liberté du fondateur, pierre angulaire du droit des fondations.

4. Contrôle interne de la fondation de famille

Nous sommes d'avis qu'un **contrôle étatique des fondations de famille** par une autorité de surveillance des fondations **n'est pas opportun**. Comme le souligne VEZ, la

²⁴⁰ Cf. p. 34.

suppression de la surveillance administrative des fondations privées permet d'éviter l'utilisation de l'argent du contribuable afin que l'État surveille ce qui se passe au sein des familles fortunées, d'engager la responsabilité de l'État dans le cadre de cette surveillance et la surcharge des autorités administratives.²⁴¹

On notera que depuis 2016, toutes les fondations sont soumises à l'obligation de s'inscrire au registre du commerce. Les **buts** de cette dernière font donc maintenant l'objet d'un **contrôle administratif au moment de sa constitution**.

Le fait d'offrir une liberté accrue au fondateur lors de la constitution d'une fondation de famille, **s'associe à notre sens nécessairement à un contrôle interne renforcé** (notamment pour des raisons de transparence, de sécurité du droit et de légitimité)²⁴². L'idée est de libéraliser la fondation de famille, certes, mais de manière encadrée. Or, si la surveillance ne doit pas être étatique, il faut se concentrer sur les formes que pourrait prendre une **surveillance interne** des fondations de famille.

Rappelons qu'il est aujourd'hui déjà possible pour une fondation de famille de nommer un **organe de révision externe et indépendant** (comme celui qu'impose la loi aux fondations ordinaires).²⁴³ La meilleure solution serait donc selon nous (et comme le propose VEZ)²⁴⁴ de simplement rendre cette exigence également obligatoire pour les fondations de famille. En ce qui concerne la désignation, les attributions et devoirs, ainsi que la responsabilité de cet organe, on peut renvoyer ici aux **propositions formulées par VEZ** qui nous paraissent très abouties.²⁴⁵ Selon cette dernière, l'organe de révision serait **nommé** par le conseil de fondation qui appliquerait par analogie les règles d'éligibilité prévues par le droit de la SA (art. 727 à 727d CO: notamment qualification et indépendance des réviseurs, ainsi qu'obligation d'avoir au moins un réviseur domicilié en Suisse) et inscrit au RC.²⁴⁶ Quant aux **attributions et devoirs** de l'organe de révision, il faudrait à nouveau s'inspirer du droit de la SA (art. 728 ss CO): l'organe de révision devrait vérifier la comptabilité de la fondation, rédiger un rapport à l'attention du conseil de fondation, aviser le juge civil en cas de violation de la loi ou des statuts

²⁴¹ VEZ, Lacunes, N 750.

²⁴² VEZ, Lacunes, N 593.

²⁴³ Cf. p. 9 (Notes 66 et 67).

²⁴⁴ VEZ, Lacunes, N 593.

²⁴⁵ *Id.*, Lacunes, N 679 ss.

²⁴⁶ *Id.*, Lacunes, N 680 ss.

(si le conseil de fondation ne se mettait pas en conformité dans un délai raisonnable) ou en cas de surendettement de la fondation et garder confidentielles les informations reçues dans le cadre de son activité (art. 398 CO).²⁴⁷ Finalement, le corolaire des attributions et devoirs de l'organe de révision (tout comme pour le conseil de fondation) serait sa **responsabilité civile** qui, ici encore, serait comparable à celle du droit de la SA: l'organe de révision répondrait envers la fondation et envers chaque bénéficiaire et créancier de cette dernière du dommage qu'il leur causerait par un manquement intentionnel ou par négligence à ses devoirs (par exemple en n'effectuant pas un examen sérieux et complet de la comptabilité de la fondation, ignorant ainsi par hypothèse son surendettement).²⁴⁸ La responsabilité civile de l'organe de révision, ainsi que son obligation d'aviser le juge dans certaines situations déterminées permettraient d'assurer son indépendance vis-à-vis du conseil de fondation (par lequel il serait désigné, dont il devrait contrôler l'activité et auquel il adresserait son rapport) et d'éviter la création d'une structure corporative au sein de la fondation de famille en créant un troisième organe pour sa désignation (tel une assemblée des destinataires ou un conseil de surveillance).²⁴⁹

On notera toutefois qu'une simple révision comptable ne correspond pas à l'idée que l'on se fait d'un véritable contrôle interne des fondations. Il faudrait donc **coupler l'organe de révision à des règles minimales de gouvernance des fondations de famille**. Ces règles instaурeraient notamment un **droit d'information des bénéficiaires** (comme c'est le cas au Liechtenstein, en Autriche ou dans les fondations de prévoyance en faveur du personnel selon l'art. 89a al. 2 CC). Par ce biais, les bénéficiaires exerceraient également une forme de contrôle sur la fondation et ses organes.

Quant à l'**étendue du droit d'information**, les bénéficiaires devraient selon nous avoir la possibilité, comme c'est le cas au Liechtenstein (§ 9 StG), de consulter l'acte de fondation et d'éventuels règlements, ainsi que les rapports du conseil de fondation et la présentation des comptes par l'organe de révision.²⁵⁰ Néanmoins, le droit d'information ne serait pas automatique, mais devrait faire l'objet d'une demande écrite et motivée au conseil de fondation par le bénéficiaire requérant qui devrait démontrer un lien entre l'information demandée et ses droits de bénéficiaire. Par ailleurs, les informations obtenues ne sauraient être utilisées par le

²⁴⁷ *Id.*, Lacunes, N 688 ss.

²⁴⁸ VEZ, Lacunes, N 700 ss.

²⁴⁹ *Id.*, Lacunes, N 673 ss.

²⁵⁰ ALLGEMEINES TREUUNTERNEHMEN, Bulletin N°18, N 6.5 ss.

bénéficiaire au détriment des autres bénéficiaires ou de manière à porter préjudice à la fondation. Le conseil de fondation pourrait toujours limiter l'étendue des informations transmises au bénéficiaire en cas de doute quant à la réalisation d'un des cas susmentionnés, ainsi que, de manière exceptionnelle, pour de justes motifs (par exemple pour éviter qu'un bénéficiaire mineur ne cesse sa formation suite à la prise de connaissance de la fortune de la fondation).

Dans l'hypothèse où, suite à l'obtention de ces informations, le(s) bénéficiaire(s) devai(en)t constater une violation de la loi ou de l'acte de fondation à son/leur détriment (sans qu'il y soit remédié par le conseil de fondation dans un délai raisonnable), il(s) pourrai(en)t **agir contre le conseil de fondation devant le juge civil**. Ce dernier pourrait alors, en sus d'octroyer des dommages-intérêts, alternativement annuler la décision problématique (en cas de difficulté ponctuelle), révoquer le(s) membre(s) problématique(s) voir même tout le conseil de fondation (en cas de problème plus général),²⁵¹ ou dissoudre la fondation (en dernier recours). Enfin, si le conseil de fondation refusait tout simplement de donner suite à une demande d'information sans motif valable, le(s) bénéficiaire(s) lésé(s) pourrai(en)t demander au juge civil d'analyser la légitimité de sa/leur demande et au besoin d'ordonner au conseil de fondation de lui/leur transmettre l'information demandée.

En résumé, l'obligation de désigner un organe de révision, complétée par un droit d'information des bénéficiaires, lui-même assorti de moyens de droit devant le juge civil instaureraient un **véritable contrôle interne et privé des fondations de famille** qui devrait, à notre sens, être réglé dans la loi (par exemple dans le nouvel art. 87 CC ou juste après celui-ci).

5. Coexistence de la fondation de famille et du trust

La question de l'adoption d'un droit suisse des trusts est actuellement discutée. **Deux options s'offrent alors par rapport à la fondation de famille**: supprimer cette dernière en estimant qu'un trust suisse serait à même de jouer le même rôle ou maintenir la fondation de famille, tout en la libéralisant (comme proposé ci-dessus)²⁵², car sa perte d'attractivité ne serait que renforcée par la création d'un trust suisse qui permettrait de contourner légalement les limitations posées par l'art. 335 al. 1 CC.²⁵³

²⁵¹ Cf. p. 31 ss.

²⁵² Cf. p. 27 ss.

²⁵³ VEZ, Sous-ensembles, p. 151 ss.

C'est à cette **deuxième solution** que va notre **préférence**. Se recoupant sur certains points tels que leur limitation temporelle et leurs buts admissibles (d'utilité publique ou privée, notamment d'entretien de la famille), ces deux instruments offriraient cependant **une réelle alternative au fondateur, respectivement au settlor** en ce sens que notamment leur régime fiscal²⁵⁴ et la surveillance à laquelle ils seraient soumis divergeraient. Le trust serait une possibilité de créer un patrimoine spécial séparé (*Sondervermögen*), protégé des créanciers du *settlor* ou du *trustee*, et d'offrir un instrument inspiré du droit anglo-saxon probablement très apprécié par de nombreux citoyens suisses habitués à ce système légal. La fondation de famille libéralisée serait quant à elle une structure de droit civil rassurante car bien connue dans notre ordre juridique et possédant la personnalité juridique.

6. Conséquences sur les autres normes de droit privé suisse

La libéralisation de la fondation de famille, ainsi que la restauration des fondations d'entretien dans l'ordre juridique suisse pose la question suivante: La fondation de famille libéralisée (telle que présentée ci-dessus)²⁵⁵ entre-t-elle en conflit avec certaines normes impératives de l'ordre juridique suisse, notamment en matière successorale ?

La première limite qu'impose notre ordre juridique au disposant est celle des **réserves héréditaires**. Selon GUINAND/STETTLER/LEUBA, « [l]a réserve héréditaire représente la part du patrimoine qui est soustraite à la liberté de disposer de l'auteur de la succession ».²⁵⁶ La quotité disponible est quant à elle « la partie de [l]a succession [du *de cuius*] qui excède le montant des réserves (art. 470 al. 1 CC) »²⁵⁷ et dont il pourra librement disposer. La réserve héréditaire est donc un moyen de protéger les héritiers réservataires et impose un minimum auquel ils ont droit. Une fondation de famille à but d'entretien, qui porterait sur la quotité disponible et attribuerait par hypothèse plus que le montant de leur réserve légale aux héritiers réservataires serait donc parfaitement admissible (ce d'autant plus que c'est aujourd'hui le cas pour les tiers).

²⁵⁴ Pour plus d'informations à ce sujet: STOJANOVIC, p. 331 ss.

²⁵⁵ Cf. p. 27 ss.

²⁵⁶ GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 87.

²⁵⁷ CR CC II-STEINAUER, CC 470 N 2.

Par ailleurs, dans le cas où une libéralité du fondateur devait léser leur réserve, les héritiers seraient suffisamment protégés par **les règles sur le rapport successoral** (art. 626 ss CC) et la **réunion/réduction** (art. 475 ss et 522 ss CC) qui découlent du droit des successions.²⁵⁸

On notera qu'une **augmentation de la quotité disponible** (afin d'offrir une plus grande liberté de disposer encore au fondateur) ne semble **pas envisageable à l'heure actuelle**, puisqu'une modification législative vient d'être faite en ce sens. Sous le nouveau droit,²⁵⁹ chaque héritier réservataire aura une réserve légale correspondant à la moitié de son droit de succession (art. 471 nCC) et la réserve des père et mère sera supprimée.²⁶⁰

Les **créanciers du fondateur** sont quant à eux **suffisamment protégés par les actions révocatoires des art. 286 et 288 LP**, rappelées et réservées par l'art. 82 CC.²⁶¹ Une fondation de famille libéralisée ne mettrait donc pas leurs intérêts en péril.

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

La fondation de famille est aujourd'hui trop limitée par le droit suisse. Cet instrument est voué à disparaître ou à tout le moins tomber en désuétude, faute d'utilisation. Nous avons illustré différentes situations dans lesquelles la fondation de famille peut s'avérer un instrument utile en matière de planification successorale. En outre, le fait que les limitations actuelles du droit suisse en lien avec les fondations de famille puissent être contournées en ayant recours à une fondation de famille de droit étranger est insatisfaisant. Ce ne sont en définitive que les personnes les plus aisées qui peuvent aujourd'hui bénéficier d'une fondation de famille (étrangère) plus souple car il est difficilement concevable que le citoyen ordinaire puisse surmonter les obstacles et assumer les coûts liés à la constitution d'une fondation de famille à l'étranger.

La fondation de famille libéralisée devrait à l'avenir être réglée dans les dispositions générales sur les fondations, ce qui nécessiterait un **changement législatif**. D'une part, ses **buts** devraient être **étendus**, afin de permettre un meilleur exercice de la liberté du fondateur et du testateur. Elle ne se limiterait dès lors plus à l'éducation, l'établissement et l'assistance des bénéficiaires

²⁵⁸ GUTZWILLER, N 46.

²⁵⁹ FF 2020 9617.

²⁶⁰ BREITSCHMID/VÖGELI, p. 232.

²⁶¹ P. PIOTET, Fondation instrument, p. 21.

dans des cas de nécessité, mais pourrait également viser des buts d'entretien plus larges de ses bénéficiaires. D'autre part, les **bénéficiaires** seraient les **membres de la famille au sens large** (c'est-à-dire les personnes en lien de parenté, d'alliance ou d'autres relations analogues avec le fondateur).

La fondation de famille libéralisée serait **initialement constituée pour une durée maximale de 100 ans, mais renouvelable** pour une nouvelle période maximale de 100 ans à l'échéance fixée. La décision de renouvellement serait prise selon un système de majorité qualifiée au sein du conseil de fondation (idéalement composé en partie de tiers externes et indépendants) et chacun des bénéficiaires pourrait alors exercer un droit de sortie. La possibilité d'exercer ce droit de sortie existerait également durant l'existence de la fondation en cas de justes motifs (ex.: conflits internes) et constituerait, dans ce cadre, un moyen d'éviter la dissolution de la fondation par le juge (allégeant parallèlement la charge des tribunaux civils).

Finalement, le **contrôle** de la fondation de famille libéralisée ne devrait pas être étatique, mais **interne et privé**. Il reposerait en partie sur l'obligation de nommer un organe de révision externe et indépendant, mais surtout et principalement sur les **droits d'information des bénéficiaires**. Les conflits de nature privée entre la fondation et ses bénéficiaires ou entre bénéficiaires resteraient **en dernier recours** de la compétence du **juge civil**.

En conclusion, pour offrir plus de liberté au fondateur tout en maintenant la légitimité de la fondation de famille libéralisée, il faudrait passer par un renforcement de sa surveillance. JAKOB²⁶² avait déjà compris cet enjeu et nous ne pouvons qu'encourager le mouvement de libéralisation de la fondation de famille à suivre sa proposition, formulée en les termes suivants: « *Freiheit durch Governance* ».

²⁶² JAKOB, *Stiftungsbegriff*, surtout p. 270 ss et 337 ss; JAKOB, *Freiheit durch Governance*, surtout p. 68 ss.

BIBLIOGRAPHIE

ACKERMANN Joseph, Der besondere Zweck der Stiftung unter spezieller Berücksichtigung des Zweckes der Familienstiftung, thèse, Fribourg (Kühne) 1950.

ARTER Olivier, Die schweizerische Familienstiftung, *in*: KUNZ Peter V./JÖRG Florian S./ARTER Olivier (édit.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Berne (Stämpfli) 2012, p. 107 ss.

BADDELEY Margareta, L'utilisation des fondations à des fins successorales, *in*: *Journée de droit successoral 2017*, Berne (Stämpfli) 2017, p. 73 ss.

BONETTI Danièle, La fondation de famille: Restrictions relatives à la constitution d'une fondation de famille, *in*: *L'expert-comptable suisse*, 3|2008, p. 122 ss.

BREITSCHMID Peter, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, *in*: BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra (édit.), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2016 (cité: CHK-BREITSCHMID).

BREITSCHMID Peter/VÖGELI Annina, Entwicklungen im Erbrecht, Le point sur le droit successoral, *in*: *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 2021, p. 232 ss.

BRÜCKNER Christian, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zurich (Schulthess) 2000.

BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique (édit.), *Kurzkomentar ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2018 (cité: KUKO ZGB-AUTEUR).

EGGER August/ESCHER Arnold/OSER Hugo/REICHEL Alexander/WIELAND Carl (édit.), *Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs kommentiert von A. EGGER*, Zurich (Schulthess) 1914 (cité: ZK-EGGER 1914).

EGGER August/ESCHER Arnold/HAAB Robert/HOMBERGER A./OSER H./SCHÖNENBERGER W. (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht. Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft*, Art. 252-359 kommentiert von A. EGGER, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 1943 (cité: ZK-EGGER 1943).

FOUNTOULAKIS Christiana/GEISER Thomas (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1-456 ZGB, 6. éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2018 (cité: BSK ZGB I-AUTEUR).

GERHARD Franz, Die Familienstiftung nach ZGB, *in*: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1930, p. 137 ss.

GUINAND Jean/STETTLER Martin/LEUBA Audrey, *Droit des successions*, 6^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2005.

GUTZWILLER Peter Max, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, *in*: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, Zurich, St-Gall (Dike Verlag AG) 2010, p. 1559 ss.

HAMM Michael/PETERS Stefanie, Die Schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *in*: Successio: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, Zurich (Schulthess) 2008, p. 248 ss.

HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5^{ème} éd., Berne (Stämpfli) 2020.

HOFFMANN Hans, Die Familienstiftung nach schweizerischem Recht und ihr Unterschied vom Familienfideikommis, Berne (Stämpfli) 1918.

JAKOB Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, *in*: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 2013, p. 185 ss (citée: *Stiftungsbegriff*).

JAKOB Dominique, Freiheit durch Governance – Die Zukunft des Schweizer Stiftungsrechts mit besonderem Blick auf die Familienstiftung, *in*: JAKOB Dominique, Stiftung und Familie, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015, p. 61 ss (citée: *Freiheit durch Governance*).

JAKOB Dominique, Reformen im Stiftungsrecht – eine Agenda, Zugleich ein Beitrag des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich zum Vernehmlassungsverfahren der parlamentarischen Initiative Luginbühl (14.470), *in*: Avis sur la Procédure de consultation 2019/77 (citée: *Agenda*).

JAKOB Dominique/PICHT Peter, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, *in*: Aktuelle Juristische Praxis, 2010, p. 855 ss.

KÜNZLE Hans Rainer, Familienstiftung – Quo vadis ?, *in*: Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 173 ss (citée: *Quo vadis*).

KÜNZLE Hans Rainer, Konturen des Stiftungsbegriffs aus schweizerischer Sicht, *in*: Die Liechtensteinische Stiftung, Zurich 2002, p. 1 ss (citée: *Konturen*).

LANTER Marco, Was die Schweizer Stiftung kann – Ein kurzer zivilrechtlicher Überblick über das schweizerische Stiftungsrecht, *in*: Die Stiftung Köln, 1999.

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Zurich (Schulthess) 2014.

MOREAU Sophie, La prohibition en Suisse des fondations de famille à but d'entretien: un principe devenu obsolète, *in*: Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Schulthess) 2011, p. 59 ss.

OPEL Andrea, Hat die Schweiz Familienstiftung ausgedient? Eine Analyse unter zivil- und steuerrechtlichem Blickwinkel mit Verbesserungsvorschlägen, *in*: Jusletter 31. August 2009.

PAHUD DE MORTANGES René, Gegenwartslösungen für ein historisches Rechtsinstitut: Das Familienfideikommis, *in*: Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernard Schynder zum 65. Geburtstag, Fribourg (Universitätsverlag) 1995, p. 499 ss.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict (édit.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-349 CC, Bâle (Helbing) 2010 (cité: CR CC I-AUTEUR).

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict/PIOTET Denis (édit.), Commentaire romand, Code civil II, Art. 457-977 CC et Art. 1-61 Tit. Fin. CC Bâle (Helbing) 2016 (cité: CR CC II-AUTEUR).

PIOTET Denis, La fondation, instrument de planification successorale?, *in*: Revue de droit privé et fiscal du patrimoine, Zurich (Schulthess), 2019, p. 16 ss (cité: D. PIOTET, Fondation instrument).

PIOTET Denis, Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice, *in*: succession – not@lex 2014, p. 57 ss (cité : D. PIOTET, Rapport).

PIOTET Paul, Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg (Éditions universitaires) 1975 (cité: P. PIOTET).

RIEMER Hans Michael, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen (Art. 80-89c ZGB), 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2020 (cité: BK-RIEMER).

SPIELVOGEL Christina, Die schweizerische und österreichische Privatstiftung im Vergleich, Vienne (WUV-Universitätsverlag) 1998.

SPRECHER Thomas, Brauch die Schweiz ein neues Vehikel zur privatnützigen Vermögensperpetuierung?, *in*: JAKOB Dominique, Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010, p. 181 ss.

SPRECHER Thomas/EGGER Philipp/JANSSEN Martin, Swiss Foundation Code 2009 avec commentaire, Principes et recommandations pour la constitution et la gestion de fondations donatrices, adaptation française: VEZ Parisima, Vol. 6, Bâle (Helbing) 2009 (cité: VEZ, Commentaire du *Swiss Foundation Code* 2009).

STOJANOVIC Branka, L'imposition des fondations de famille de droit suisse, *in*: Revue de droit administratif et de droit fiscal 2013, p. 295 ss.

THEVENOZ Luc, La fiducie, cendrillon du droit suisse: propositions pour une réforme, *in*: Rapports et communications/Société suisse des juristes, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1995, p. 253 ss (cité: Cendrillon).

THÉVENOZ Luc, The future of trusts: a Swiss perspective, *in*: Trusts & Trustees 3-4/2013, p. 296 ss (cité: *The Future of trusts*).

THORENS Justin, L'art. 335 CCS et le trust de common law, *in*: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert SCHÜPBACH, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2000, p. 155 ss.

VEZ Parisima, La fondation: lacunes et droit désirable - Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Berne (Stämpfli) 2004 (cité: Lacunes).

VEZ Parisima, Partie II – Droit des personnes/Les sous-ensembles flous de la fondation, *in*: RUMO-JUNGO Alexandra/PICHONNAZ Pascal/HÜRLIMANN-KAUP Bettina/FOUNTOULAKIS

Christina (édit.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne (Stämpfli) 2013, p. 145 ss (cité: Sous-ensembles).

VEZ Parisima, Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques, *in*: Revue de droit suisse, Droit de fondation: journée des juristes suisses 2013, Vol. 132, no 2, Bâle, p. 341 ss (cité: Surveillance étatique et autorégulation).

VEZ Parisima, Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis, *in*: SCHMID Jörg/HOFER Sibylle (édit.), Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, (Stämpfli) 2007, p. 229 ss (cité: *Thesen*).

ZEITER Alexandra, Neues zur Unterhaltungsstiftung, *in*: Revue Suisse de Jurisprudence 2001, Baden, Zurich, p. 451 ss.

AUTRES

ALLGEMEINES TREUUNTERNEHMEN (ATU), Bulletin N°18, mars 2009, Nouvelle loi sur les fondations liechtensteinoises, [<http://www.atu.li/Portals/0/download/bulletin/Bulletin-Nr-18-fr.pdf>] (30.04.2020) (cité: ALLGEMEINES TREUUNTERNEHMEN, Bulletin N°18).

ASSEMBLEE FEDERALE, Arrêté concernant la modification du Code civil suisse (Droit des successions), 18 décembre 2020, FF 2020 9617 (cité: FF 2020 9617).

CONSEIL FEDERAL, Avant-projet sur la modification du Code des obligations (Introduction du trust), 11 janvier 2022 (cité: Avant-projet trust).

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, Motion 18.3383, Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse, déposé le 26.04.2018 (cité: Motion 18.3383).

CONSEIL FÉDÉRAL (Office fédéral de la justice), Rapport du 27 février 2013 proposant le classement de la motion Luginbühl 09.3344 du 20 mars 2009, FF 2013 1981 (cité: FF 2013 1981, p.).

CONSEIL FEDERAL, Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 2 décembre 2015, FF 2006 561 (cité: FF 2006 p.).

LANDTRAG, Liechtensteinisches Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR), Landesgesetzblatt 220/2008, LR-Nr 216.0 (cité: StG).

LUGINBÜHL Werner, Initiative parlementaire 14.470, Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations, déposé le 09.12.2014 (cité: Initiative Luginbühl).

TABLE DES ABREVIATIONS

al. = alinéa

art. = article

ATF = Arrêt du Tribunal fédéral

CC = Code civil suisse

cf. = *confer*

CLH trust = Convention de la Haye relative aux trusts

CO = Code des obligations suisse (Loi fédérale complétant le Code civil suisse)

CR CC = Commentaire romand du Code civil suisse

ex. = exemple

FF = Feuille fédérale

Ibid. = *ibidem*

Id. = *idem*

JdT = Journal des Tribunaux

nCC = modification du Code civil suisse

RC = registre du commerce

RO = recueil officiel

RS = recueil systématique

SA = société anonyme

StiG = Art. 552 de la *Liechtensteinisches Gesetz vom 26. Juni 2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR)*, partie aussi appelée *Stiftungsgesetz*

TF = Tribunal fédéral