



Avocate, **Delphine Bottge** est la fondatrice de Purpose Lawyers qui accompagne les familles, les philanthropes, les entreprises et leurs dirigeants, les fondations et associations à créer du sens, des valeurs et de l'impact. Son expertise porte ainsi sur la gouvernance, celle des fondations, des entreprises, mais aussi la gouvernance familiale.

En sus de sa pratique, elle siège aux conseils de plusieurs fondations et dispense des formations, notamment au sein du Centre en Philanthropie (Université de Genève), dont elle est Academic Fellow.

Son ouvrage « Les fondations actionnaires en Suisse – Ces fondations qui détiennent des entreprises » (Editions Slatkine) et sa version anglaise "Holding Foundations in Switzerland - The Foundation-owned company model from theory to practice" sont parus en 2022.



2, rue St Léger
1205 Genève
T +41 22 908 07 00
www.purposelawyers.ch

Fondation et gouvernance familiale : Comment transmettre ses valeurs au fil des générations ?

La constitution d'une fondation a tout son sens dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée : elle facilite au sein de la famille une adhésion aux valeurs qui lui sont propres et une compréhension de la finalité du patrimoine familial au travers des générations, qui ancrent l'engagement des membres de la famille à un projet philanthropique commun, compréhensible et fédérateur.

Le droit des fondations est très libéral et laisse au fondateur une grande autonomie au moment de la constitution pour exprimer sa volonté et déterminer la gouvernance la plus adaptée, à même de pérenniser l'engagement des membres de la famille.

La fondation comme instrument de gouvernance familiale

Nous avons, dans un précédent article, souligné à quel point les réflexions qui accompagnent une gouvernance familiale ne sauraient se limiter à une simple transmission d'actifs. Elle favorise l'unité de la famille autour d'un projet commun, compréhensible et fédérateur, construit au bénéfice de la pérennité de l'entreprise, des divers actifs, mais aussi des valeurs familiales à long terme. Elle encadre la communication au sein de la famille et avec les tiers, et fixe des règles explicites de transmission. Elle assure l'identité et la cohésion familiale, le sentiment d'appartenance à une lignée et prévient les confrontations.

L'instauration d'une gouvernance familiale est un chemin, un processus qui apporte une organisation claire aux échanges et prises de décision au sein de la famille. Il requiert de travailler sur les valeurs propres à la famille, comme ciment unificateur, et d'instaurer une éthique dans la transmission aux générations des compétences et responsabilités qui seront le corollaire de la prospérité et qui contribueront à la pérennité de la fortune et/ou de l'entreprise familiale. Cette dimension familiale est essentielle pour permettre à chacun des membres de comprendre et transmettre à son tour le sens que la famille donne à son patrimoine, sa finalité. Elle suppose un exercice de dialogue et de discussion entre générations, empruntant un chemin plus profond, qui tend à la pérennité du patrimoine familial et de sa

finalité et intègre les aspirations de chacun des membres pris séparément ; son rôle, en tant que membre de la famille, évoluant dans une vision familiale conforme à ses valeurs.

La fondation peut en effet être une véritable synthèse incitative de gouvernance familiale. Elle assure d'une part l'expression des valeurs et du projet philanthropique familial qui lui sont propres : domaines de soutien, stratégie de dons, niveaux d'engagement et de visibilité sont multiples et différent d'une famille à une autre. Mais aussi, et cela a toute sa pertinence, la fondation permet, en respect de la gouvernance arrêtée par son fondateur, de rassembler les membres de la famille autour de cette expression, souvent en réunissant plusieurs générations au sein de son conseil (dimension intergénérationnelle), au fil du temps, de par son caractère immuable (dimension transgénérationnelle). Le conseil de fondation prend alors sa dimension de lieu d'échanges, de concrétisation et de mise en œuvre des valeurs familiales à long terme.

La création d'une fondation peut par ailleurs répondre aux préoccupations des entrepreneurs soucieux d'assurer la pérennité de l'entreprise familiale, qui n'entendent ni privilégier l'un de leurs enfants ni fractionner le patrimoine et l'unité au sein d'une fratrie. Ils pourront céder tout ou partie de l'entreprise familiale à une fondation, dont le but statutaire sera économique (la seule détention des parts de l'entreprise et la pérennisation de cette dernière) ou d'utilité publique (la détention des parts étant alors un simple moyen permettant à la fondation d'atteindre ce but)¹. Elle tiendra ainsi un rôle de tiers neutre, de modérateur, de fédérateur, voire de vigie dans le cadre d'une gouvernance familiale bien pensée, aux côtés des actionnaires familiaux qui subsisteront, de génération en génération. Une Charte familiale ancrera les principes de cette gouvernance et établira les règles applicables en cas de cession ou de vente de parts de l'entreprise.

Un droit des successions en évolution

Une gouvernance familiale structurée tiendra compte des limites que pose le droit des successions, notamment des réserves héréditaires (art. 493 CC et art. 471 CC). Relevons que la récente révision du droit successoral, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, a instauré, comme seuls héritiers réservataires, le conjoint et les descendants. Si la réserve du conjoint demeure inchangée, celle des descendants, quant à elle, est réduite à la moitié de leur droit de succession. Ce renforcement de la liberté de décision du *de cuius* facilite la transmission d'entreprises familiales. Il peut aussi inciter à dédier une plus grande part de son capital à la création d'une fondation, par exemple des actions de l'entreprise familiale, sans même avoir recours à un pacte successoral². Avec l'accord des héritiers réservataires, la famille pourra même, si elle l'entend, façonner le projet familial autour de sa vision propre et allouer à une fondation un capital excédant même, si cela fait sens, la quotité disponible, en concluant un pacte successoral, par lequel ils conviendront notamment de la renonciation aux droits successoraux et de l'attribution à la fondation.

L'acte de fondation : un document de gouvernance familiale à ne pas négliger

Le droit suisse des fondations est très libéral : la liberté du fondateur en est un des principes cardinaux. Il a ainsi la liberté de concevoir et dessiner les contours d'une fondation selon sa propre volonté, tout en

¹ Pour approfondir ce modèle de fondation actionnaire : Delphine BOTTGE, « Les fondations actionnaires en Suisse – Ces fondations qui détiennent des entreprises », Editions Slatkine, Genève, 2022.

² Relevons également que ce nouveau droit s'applique à tout décès survenant après l'entrée en vigueur de la révision, y compris en cas de dispositions testamentaires rédigées avant le 1^{er} janvier 2023. Cela peut soulever d'épineuses questions d'interprétation, dans le cas, par exemple, où le testament ferait référence au terme générique de « quotité disponible » - mention fréquemment usitée lorsque le *de cuius* souhaite effectuer un legs important à une organisation d'utilité publique. En l'absence de nouvelles dispositions transitoires, l'on peut effectivement se demander si la « quotité disponible », mentionnée par le *de cuius* dans son testament, doit s'entendre comme celle en vigueur avant ou après la révision survenue au 1^{er} janvier 2023. C'est pourquoi il serait judicieux d'inciter tout disposant à revoir les dispositions qu'il aurait prises précédemment, à la lumière du nouveau droit successoral, et d'y apporter les précisions ou modifications attendues afin qu'elles correspondent à sa volonté (FF 2018 5865, p. 5918).

observant les limites que pose le droit suisse. Une fois la fondation constituée, elle devient une entité juridique indépendante de son fondateur qui ne pourra alors modifier ses statuts qu'à des conditions restrictives.

La rédaction de l'acte de fondation est donc déterminante, bien plus que pour d'autres structures juridiques, et chaque clause statutaire devra être alignée avec les dispositions de gouvernance familiale, dans un souci de cohérence qui s'impose. Les statuts pourront ainsi intégrer des règles spécifiques de gestion des actifs de la fondation alignés sur les principes arrêtés de gouvernance familiale (pour le capital, l'entreprise, la collection d'art qui seraient donnés à la fondation), mais aussi des principes de gouvernance de la fondation et des droits d'intervention, qui assureront l'implication des membres de la famille au fil des générations³.

À teneur de l'article 86a al. 1 CC, le fondateur peut ainsi se réserver expressément dans les statuts le droit de modifier le but de la fondation, après un délai de 10 ans à compter de sa constitution ou de la dernière modification. De nature strictement personnel, le droit de modifier le but peut intervenir sur présentation d'une requête de modification du fondateur, de son vivant ou par disposition *pour cause de mort*. Ce droit ne peut pas être transmis aux héritiers ou à des tiers (art. 86a III CC).

À compter du 1^{er} janvier 2024 et de l'entrée en vigueur de la révision de l'article 86a CC⁴, les droits du fondateur seront étendus par l'élargissement, aux mêmes conditions de son droit de modification à celles portant sur l'organisation. Ainsi, le nouvel art. 86a al. 1 CC dispose que « *l'autorité fédérale ou cantonale compétente modifie, sur requête du fondateur ou en raison d'une disposition pour cause de mort prise par celui-ci, le but ou l'organisation de la fondation, lorsque l'acte de fondation réserve cette possibilité et que 10 ans au moins se sont écoulés depuis la constitution de la fondation ou depuis la dernière modification du but ou de l'organisation requise par le fondateur.* ».

Cette révision accroît la liberté d'adapter la gouvernance d'une fondation aux réflexions qui seraient tenues au sein d'une famille après sa constitution. Le fondateur pouvait d'ores et déjà, avant la révision du Code civil, prévoir dans l'acte de fondation, différentes gouvernances successives pour la fondation, par exemple, l'une pour la première génération, une autre pour les générations suivantes. Dorénavant, il pourra également le prévoir plus tardivement ou par des dispositions pour cause de mort qu'il rédigerait ultérieurement, sous respect du nouvel article 86a CC.

La cohérence, indispensable à l'ancrage juridique de la Charte familiale

Il n'est pas toujours aisé de retranscrire le contenu d'une Charte familiale dans les actes juridiques qui en assurent l'ancrage contraignant (dispositions testamentaires, pacte successoral, pacte d'actionnaires, contrat de mariage, etc., mais également acte de fondation). Si chacun de ces actes venait à ne pas refléter, en miroir l'un de l'autre, la volonté et les valeurs exprimées en formant un tout cohérent, c'est alors qu'apparaîtraient les risques de dissensions entre membres de la famille et de perte de sens, susceptibles de mettre en péril vision à long terme et pérennité dans la transmission des actifs et des valeurs familiales.

Me Delphine Bottge / Septembre 2023

³ Le fondateur peut ainsi stipuler que les membres de la famille siègeront au Conseil de fondation et leur attribuer ce droit à vie. Il peut également se réserver, à lui-même et ses descendants après lui, le droit de nommer les membres du Conseil de fondation (ATF 144 III 264) ou réserver un droit de veto des membres de la famille sur les décisions importantes.

⁴ L'Autorité de surveillance fédérale des fondations accepte d'ores et déjà aujourd'hui, avant l'entrée en vigueur de l'art. 86a nCC, les nouveaux actes de fondation qui prévoient une réserve de changement d'organisation (ASF, Mémento relatif à l'introduction d'une réserve liée à un changement d'organisation avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code civil sur les fondations (09.01.2023) ; [Mémentos \(admin.ch\)](#)).

L'expérience d'Amadeus :

Comme Me Bottge, nous relevons l'intérêt que revêt la fondation comme instrument de gouvernance pour les familles dont la fortune se trouve principalement au sein d'une société familiale ainsi que pour les familles ayant cédé tout ou partie du capital de leur société.

Cet intérêt est, de notre expérience, en outre proportionnel au soin qui aura été accordé à la définition de la mission de la fondation, de ses paramètres et de ses modalités de fonctionnement. La charte familiale est, comme exposé plus haut, essentielle : précision, clarté et simplicité sont les maîtres-mots devant guider sa rédaction, aussi pour s'assurer -la géographie des familles étant de plus en plus étendue- que les buts partagés de la fondation seront bien perçus de la même manière dans toutes les juridictions.

Au gré de nos 40 années d'existence aux côtés de nos familles-clientes, nous avons été confrontés à de nombreux scénarios en matière d'organisation patrimoniale autour d'entreprises familiales. L'expérience la plus traumatisante que nous ayons vécu par procuration -pour des gens dont nous nous sommes occupés par la suite- est celle d'une famille ayant dans une certaine précipitation cédé l'entreprise éponyme créée deux générations plus tôt sans avoir pris soin d'organiser en amont, sous l'angle du patrimoine familial, les suites de la cession. Les actionnaires de l'entreprise, vivant dans deux pays d'Europe, étaient 5 arrières petits-enfants/cousins du fondateur, ayant eux-mêmes des enfants.

Plusieurs chapitres pourraient être écrits sur les conséquences financières de cette impréparation mais, rétrospectivement, la partie la plus difficile à gérer pour la famille a été la perte de repères et de valeurs familiaux, la perte de la notion d'intérêt collectif, au final la perte d'un certain héritage culturel familial.

L'existence d'une fondation qui aurait à l'époque été constituée à dessein aurait à tout le moins permis de réunir tous les héritiers autour de causes communes, pas seulement culturelles et caritatives et d'ainsi faire perdurer le nom, le sens et l'esprit de la famille.

Approchée après la cession de l'entreprise, Amadeus Capital s'occupe aujourd'hui de la gestion du patrimoine de l'une des branches de cette famille ; entre autres choses, nous discutons actuellement avec ses membres de la création d'une société dédiée à l'investissement dans le domaine de l'eau au sens large, avec pour intention de réunir parents et enfants autour de la même cause et de la même table.

Créer de la substance, du contenu, du sens, transmettre, autant de sujets sur lesquels nous accompagnons nos clients.



A lawyer, Delphine Bottge is the founder of Purpose Lawyers, which supports families, philanthropists, companies and their leaders, foundations and associations to create meaning, values and impact. Her expertise focuses on governance, foundations, companies, but also family governance.

In addition to her practice, she sits on the boards of several foundations and provides training, notably at the Centre for Philanthropy (University of Geneva), of which she is an Academic Fellow. Her book « Les fondations actionnaires en Suisse – Ces fondations qui détiennent des entreprises » (Slatkine Editions) and its English version “Holding Foundations in Switzerland - The Foundation-owned company model from theory to practice” are published (2022).



2, rue St Léger
1205 Genève
T +41 22 908 07 00
www.purposelawyers.ch

Foundation and family governance: how can values be passed down through the generations?

The creation of a foundation makes perfect sense within the framework of well thought-out family governance: it facilitates the family's adherence to its own values and the understanding of the destination of the family patrimony across generations, by anchoring the commitment of family members in a common philanthropic project that is both comprehensible and unifying.

Foundation law is very liberal, giving the founder considerable autonomy at the time of incorporation to express his or her wishes and determine the most appropriate form of governance to ensure the long-term commitment of family members.

The foundation as a family governance tool

In a previous article, we emphasized the extent to which the reflections that accompany family governance can not be limited to a simple transfer of assets. It fosters family unity around a common, comprehensible and unifying project, built for the benefit of the company's longevity, its various assets and long-term family values. It provides a framework for communication within the family and with third parties, and sets out explicit rules for transmission. It ensures family identity and cohesion, a sense of belonging to a lineage and prevents confrontation.

Establishing family governance is a path, a process that brings a clear organization to exchanges and decision-making within the family. It requires working on the values specific to the family, as the unifying cement, and establishing an ethic in the generational transmission of the skills and responsibilities that will be the corollary of prosperity and contribute to the longevity of the family fortune and/or business. This family dimension is essential to enable each member of the family to understand and pass on to others the meaning that the family gives to its assets, its purpose. It calls for an exercise in dialogue and discussion between the generations, taking a deeper path, one that aims for the continuity of the family's wealth and its purpose, and integrates the aspirations of each member individually, his or her role as a member of the family, evolving within a family vision in line with its values.

The foundation can be a genuine synthesis of family governance incentives. On one hand, it ensures the expression of the family's own values and philanthropic project: areas of support, donation strategy, levels of commitment and visibility are multiple and differ from one family to another. On the other hand - and this is highly relevant - the foundation makes it possible, whilst respecting the governance decided by its founder, to unite family members around this expression, often by bringing together several generations on its board (intergenerational dimension), over time, thanks to its immutable nature (transgenerational dimension). In this way, the Foundation Board takes on its role as a forum for exchanging ideas, and for putting family values into practice over the long term.

The creation of a foundation can also address the concerns of entrepreneurs who wish to ensure the continuity of the family business, and who do not wish to favour one of their children, or to split up the assets and unity between siblings. They will be able to transfer all or part of the family business to a foundation, whose statutory purpose will be either economic (the sole ownership of shares in the business and its long-term survival) or charitable (the ownership of shares being a simple means enabling the foundation to achieve this purpose)⁵. It will thus play the role of neutral third party, moderator, federator and even watchdog within the framework of well-thought-out family governance, alongside the family shareholders who will remain, from generation to generation. A Family Charter will anchor the principles of this governance and establish the rules applicable to the transfer or sale of company shares.

Evolving inheritance law

Structured family governance will take into account the limits imposed by inheritance law, in particular hereditary reserves (art. 493 CC and art. 471 CC). It should be noted that the recent revision of inheritance law, which came into force on January 1, 2023, introduced the spouse and descendants as the only reserved heirs. While the spouse's reserve remains unchanged, that of descendants has been reduced to half their inheritance rights. This reinforcement of the *de cuius*' freedom of decision facilitates the transfer of family businesses. It can also encourage the *de cuius* to dedicate a larger proportion of his capital to the creation of a foundation, for example shares in the family business, without even having to use an inheritance agreement⁶. With the agreement of the heirs with right of succession, the family can even, if it so wishes, shape the family project around its own vision and allocate to a foundation a capital exceeding, if it makes sense, the available portion, by entering into an inheritance agreement, in which they agree, in particular, to waive inheritance rights and allocate to the foundation.

The deed of foundation: a family governance document not to be overlooked

Swiss foundation law is very liberal: the freedom of the founder is one of its cardinal principles. The founder is free to conceive and design a foundation according to his or her own wishes, within the limits set by Swiss law. Once a foundation has been set up, it becomes a legal entity independent of its founder, who can only modify its articles of association under restrictive conditions.

⁵ For more information on this foundation-owned company model, see Delphine BOTTGE, "Holding Foundations in Switzerland – The Foundation-owned company model from theory to practice", ISCA, 2022.

⁶ It should also be noted that this new law applies to any death occurring after the revision comes into force, including in the case of testamentary provisions drawn up before 1 January 2023. This may raise thorny questions of interpretation, for example if the will refers to the generic term "available portion" - a term frequently used when the deceased wishes to make a substantial bequest to a charitable organisation. In the absence of new transitional provisions, it is questionable whether the "available portion" referred to by the deceased in his will should be understood as the portion in force before or after the revision on 1 January 2023. For this reason, it would be advisable to encourage any person making a will to review any provisions previously made, in the light of the new law of succession, and to make the necessary clarifications or changes to them so that they correspond to his or her wishes (FF 2018 5865, p. 5918).

The drafting of the deed of foundation is therefore decisive, much more so than for other legal structures. Each clause of the articles of association must be aligned with the provisions of family governance, in the interests of consistency. The articles of association can therefore include specific rules for managing the foundation's assets in line with agreed family governance principles (for the capital, the business, the art collection that will be donated to the foundation), as well as foundation governance principles and intervention rights, which will ensure the involvement of family members over the generations⁷.

Under article 86a para. 1 CC, the founder can expressly reserve the right to modify the foundation's purpose in the articles of association, after a period of 10 years from its creation or last modification. Strictly personal in nature, the right to modify the purpose may be exercised upon presentation of a request for modification by the founder, either during his lifetime or by disposition upon death. This right cannot be transferred to heirs or third parties (art. 86a III CC).

With effect from January 1, 2024 and the entry into force of the revised article 86a CC⁸, the founder's rights will be extended by extending his right to modify the organization under the same conditions. Thus, the new art. 86a para. 1 CC stipulates that "the competent federal or cantonal authority may, at the request of the founder or as a result of a disposition mortis causa taken by the founder, modify the purpose or organization of the foundation, when the deed of foundation reserves this possibility and at least 10 years have elapsed since the establishment of the foundation or since the last modification of the purpose or organization requested by the founder".

This revision increases the freedom to adapt the governance of a foundation to the reflections that would be held within a family after its constitution. Prior to the revision of the Civil Code, the founder could already provide in the deed of foundation for different successive forms of foundation governance, for example, one for the first generation, another for subsequent generations. Henceforth, he will also be able to provide for this at a later date, or by means of provisions for the cause of death which he will draw up at a later date, subject to compliance with the new article 86a CC.

Consistency, essential for the legal anchoring of the Family Charter

It is not always easy to transcribe the content of a Family Charter into the legal instruments that anchor it (testamentary dispositions, inheritance agreements, shareholders' agreements, marriage contracts, etc., but also deed of foundation). If each of these instruments failed to reflect the will and values expressed in a coherent whole, there would be a risk of dissent between family members and a loss of meaning, which could jeopardize the long-term vision and continuity of the transmission of family heritage and values.

Me Delphine Bottge / September 2023

⁷ The founder can stipulate that family members will sit on the Foundation Board and grant them this right for life. He may also reserve the right to appoint members of the Foundation Board for himself and his subsequent descendants (ATF 144 III 264) or reserve a right of veto for family members on important decisions.

⁸ The Swiss Federal Supervisory Authority for Foundations already accepts new foundation deeds that provide for a change of organisation reservation (ASF, Memento relatif à l'introduction d'une réserve liée à un changement d'organisation avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code civil sur les fondations (09.01.2023); Mémentos (admin.ch)) before art. 86a nCC comes into force.

Amadeus' experience :

Like Me Bottge, we see the value of the foundation as an instrument of governance for families whose assets are mainly held within a family company, as well as for families who have sold all or part of their company.

In our experience, this interest is also proportional to the care taken in defining the foundation's mission, parameters and operating procedures. The family charter is, as mentioned above, essential: precision, clarity and simplicity are the key words that should guide its drafting, also to ensure - as the geography of families becomes ever more extensive - that the shared goals of the foundation will be perceived in the same way in all jurisdictions.

In the 40 years we've been working alongside our family clients, we've been confronted with many different scenarios when it comes to organizing assets around family businesses. The most traumatic experience we've had by proxy - for people we've subsequently looked after - is that of a family who hastily sold their eponymous business, created two generations earlier, without having taken the time to organize the aftermath of the sale from the point of view of family assets. The company's shareholders, living in two European countries, were 5 great-grandchildren/cousins of the founder, who themselves had children.

Several chapters could be written on the financial consequences of this unpreparedness, but in retrospect, the most difficult part for the family to deal with was the loss of family landmarks and values, the loss of the notion of collective interest, and ultimately the loss of a certain family cultural heritage.

The existence of a foundation, which at the time would have been deliberately set up, would at the very least have made it possible to unite all the heirs around common causes, not just cultural and charitable ones, and thus keep the family name, meaning and spirit alive.

Approached after the sale of the company, Amadeus Capital is now in charge of managing the assets of one of the branches of this family; among other things, we are currently discussing with its members the creation of a company dedicated to investment in the water sector in the broadest sense, with the intention of bringing parents and children together around the same cause and the same table.

Creating substance, content, meaning, conveying, so many subjects on which we support our clients.