

# GE\_GERICHTE ATA/946/2018 vom 18. September 2018

GE Cour de justice, 2018-09-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_946\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_946_2018)

FR: GE\_GERICHTE ATA/946/2018 du 18 septembre 2018

IT: GE\_GERICHTE ATA/946/2018 del 18 settembre 2018

## Regeste

Résumé: Rétrocession des biens d'une fondation reconnue d'utilité publique au membre du conseil de fondation. Rejet du recours de ce dernier portant sur sa destitution et la révocation de ses pouvoirs.

## Erwägungen

### E. 21

octobre 2010, avait déposé différentes papiers-valeurs consistant en des parts dans des fonds de placement ;

– des documents bancaires du 20 octobre 2010 indiquant le retrait de titres du compte chiffré « 1\_\_\_\_\_ » de M. A\_\_\_\_\_ ;

– un avis de crédit établi le 23 novembre 2010 d'un montant de CHF 47'710.85 d'une banque sur le compte de la fondation indiquant comme donneur d'ordre « un de nos clients » et comme motif du paiement « donation A\_\_\_\_\_ ». 58) Le 12 décembre 2016, le juge délégué a précisé aux parties qu'en l'état, il était renoncé à une instruction sur effet suspensif, vu l'impossibilité actuelle de savoir si celui-ci avait été retiré et cas échéant à quelle(s) décision(s). 59) Par courrier recommandé du 11 janvier 2017, l'ASFIP a procédé à une nouvelle notification de sa décision du 9 novembre 2016 à M. A\_\_\_\_\_ et aux autres membres du conseil. Bien que cette décision ait été envoyée à ces destinataires par courrier recommandé, il était apparu que La Poste avait déposé ceux-ci dans leur boîte aux lettres en tant que courrier simple. 60) Le 17 février 2017, l'ASFIP a conclu, avec suite de « frais et dépens », au rejet du recours.

Depuis sa création, la fondation n'avait pas eu d'activité conforme à son but statutaire, le conseil ayant, par sa gestion calamiteuse, fait fondre son patrimoine, composé d'un capital initial de CHF 20'000.- et de dons sous forme de titres et espèces de CHF 701'503.01. Les investissements effectués s'étaient ainsi limités à payer un salaire élevé à M. G\_\_\_\_\_, à octroyer un prêt à l'association et un autre à M. G\_\_\_\_\_, qui n'avaient jamais été remboursés par ces deux débiteurs insolvables et prétendument garantis par un logiciel contenu dans une disquette,

- 13/28 - A/4041/2016 dont la valeur n'avait jamais été déterminée et que personne n'avait vu. Le conseil avait en outre tenté de rétrocéder avec insistance la somme de CHF 345'883.62 à M. A\_\_\_\_\_ en créant dans les états financiers de la fondation des exercices 2013, 2014 et 2015 un compte « fondateur ». Par ailleurs, en transmettant à L\_\_\_\_\_ un projet de comptes pour l'exercice 2015 basé sur des chiffres erronés de l'exercice précédent, le conseil avait tenté de manipuler l'organe de révision et essayé de réintroduire une écriture comptable illégale et corrigée relative au compte « fondateur » puis à exécuter ce transfert en faveur de M. A\_\_\_\_\_. Le conseil n'avait pas non plus trouvé de projets à

financer conformes aux buts de la fondation, laquelle n'avait jamais exercé d'activité en lien avec son but statutaire d'utilité publique, ni n'avait veillé à ce que son patrimoine serve à la réalisation de celui-ci, s'étant limitée à favoriser l'enrichissement personnel de MM. A \_\_\_\_\_ et G \_\_\_\_\_. En agissant de la sorte, le conseil avait, à plusieurs reprises et sur plusieurs points, gravement violé les dispositions légales et statutaires applicables à la fondation ainsi que les injonctions de l'ASFIP, au risque de rendre impossible la réalisation du but de la fondation. 61) Le 29 mars 2017, le juge délégué a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle.

a. M. A \_\_\_\_\_ a expliqué que la fondation avait été créée avec un capital de CHF 20'000.- provenant de sa fortune personnelle et que le montant CHF 700'000.- du compte « fondateur » n'avait pas été remis en donation à la fondation, mais seulement en usufruit à celle-ci, afin de soutenir des projets de bienfaisance et d'effectuer des donations à des associations. Si toutefois les montants versés à la fondation devaient être considérés comme une donation, alors il déclarait la révoquer. Les activités de la fondation avaient abouti à des pourparlers engagés avec la Fondation N \_\_\_\_\_ ou l'Organisation non gouvernementale Q \_\_\_\_\_. Par ailleurs, avec le concours de M. G \_\_\_\_\_, qu'il connaissait depuis une dizaine d'années et à qui il faisait confiance, il avait créé un logiciel de prise de paris qui était en mesure de générer des millions de francs de bénéfices, dont l'évaluation avait été confiée à la branche chypriote de la société K \_\_\_\_\_ et qui se trouvait sur une disquette remise en gage à la fondation pour les prêts effectués, en particulier celui consenti à I \_\_\_\_\_ afin d'obtenir facilement par ce biais, dans le cadre du développement du logiciel, des cartes de crédit et d'autres possibilités financières. Il n'avait jamais cherché à faire des bénéfices avec la fondation, qui ne pouvait avoir d'activité commerciale, raison pour laquelle l'association avait été créée, pour le compte de laquelle il avait demandé l'autorisation d'organiser une loterie. Quant au salaire versé à M. G \_\_\_\_\_, il avait été financé par l'État de Genève. Il avait au demeurant estimé qu'il convenait d'aider son associé à faire face à son endettement. De ce qu'il avait appris, le commissaire avait d'ores et déjà « vidé » le capital de la fondation, notamment par le paiement de ses honoraires.

- 14/28 - A/4041/2016

b. Le représentant de l'ASFIP a indiqué qu'il n'avait, en l'état, pas été possible de déterminer qui avait versé à la fondation le montant de CHF 700'000.-, qui était toutefois mentionné comme une donation dans la documentation de l'organe de révision concernant l'exercice 2010. La création du compte « fondateur », qui datait de 2013, n'avait jamais été valide puisqu'il s'agissait d'un retour des fonds à l'un des membres du conseil. Le commissaire avait constaté l'existence de nombreux manquements et avait demandé le remboursement des montants y relatifs à l'association et à M. A \_\_\_\_\_ et avait mandaté un spécialiste en vue du dépôt d'une plainte pénale. 62) Le 28 juin 2017, le juge délégué a auditionné deux témoins.

a. Selon M. G \_\_\_\_\_, lors de sa création, la fondation était dotée d'un capital de CHF 20'000.-, M. A \_\_\_\_\_ ayant fait un apport de CHF 700'000.- à titre de dépôt, dont le rendement devait servir à couvrir les frais administratifs. Les rendements du capital n'ayant plus été suffisants à compter de 2013, il avait été décidé de puiser dans le compte « fondateur ». Lorsqu'il était employé de la fondation, il ne contrôlait pas sa comptabilité mais se limitait à fournir à l'organe de révision les pièces comptables. En intégrant le conseil en 2013, il s'était toutefois rendu compte de l'erreur de F \_\_\_\_\_, qui avait enregistré le montant de CHF 700'000.-, principalement versé sous forme de

papiers-valeurs, comme une donation, alors que M. A\_\_\_\_\_ n'avait effectué un tel apport que par CHF 47'000.-. Il avait interpellé F\_\_\_\_\_ à ce sujet, qui lui avait expliqué avoir supposé que le montant de CHF 700'000.- correspondait à une donation, du fait qu'il provenait d'un compte numéroté, anonyme. L'organe de révision avait alors remédié à cette erreur, en créant un compte « fondateur » dès l'exercice 2013 ainsi qu'un règlement à ce sujet. Les comptes ainsi approuvés par le conseil avaient été transmis à l'ASFIP, qui n'avait effectué aucune remarque à ce sujet et ne s'était manifestée qu'en 2015. Suite aux problèmes rencontrés avec F\_\_\_\_\_, il avait été décidé de confier le mandat de révision à L\_\_\_\_\_, toutes les pièces comptables lui ayant été remises ainsi que les bilans, notamment ceux de 2014, avec et sans le compte « fondateur ». L\_\_\_\_\_ avait ainsi également établi deux rapports de révision.

L'esprit de la fondation n'était pas de distribuer de l'argent à des personnes, mais d'accomplir un travail bénévole pour différentes organisations non gouvernementales actives dans le travail humanitaire. À cette fin, il avait tenté de monter une loterie en créant un logiciel, dont il avait déposé la marque, destiné à l'exploitation d'un site marchand de jeux et de paris, comprenant également des solutions de paiement et de « back office ». Il avait utilisé I\_\_\_\_\_ pour la création du logiciel et l'argent de la fondation avait été affecté à la constitution de J\_\_\_\_\_ chargée de mettre en place sa conception, en partenariat avec O\_\_\_\_\_. Le logiciel avait ensuite été déposé en gage par la fondation auprès d'une banque de la place, en attendant qu'il soit évalué par la branche chypriote de K\_\_\_\_\_,

- 15/28 - A/4041/2016 spécialisée dans les jeux en ligne. Il n'avait toutefois obtenu qu'une évaluation orale, qu'il jugeait insatisfaisante, étant précisé qu'en cas de vente du logiciel, le but de la fondation ne pouvait être atteint, les mesures requises par l'ASFIP se révélant contreproductives. En 2011, en parallèle, après avoir constaté qu'il n'était pas possible d'organiser une loterie à Malte, il avait déposé une demande à Genève, auprès du PCTN, qui lui avait demandé de créer une structure distincte, en l'occurrence l'association, devant toutefois être active depuis cinq ans pour bénéficier de l'autorisation requise. Au moyen de l'argent de M. A\_\_\_\_\_, la fondation avait alors effectué un prêt à l'association, qui s'était transformé en donation lorsque le règlement spécifique avait été adopté et le compte « fondateur » créé en 2013.

Il a produit un rapport intermédiaire d'historique pour la fondation du 19 juin 2017 retraçant son parcours professionnel et l'activité entreprise pour le compte de la fondation.

b. Madame R\_\_\_\_\_, experte-comptable au sein de L\_\_\_\_\_, a expliqué qu'en juillet 2016, elle avait transmis à la fondation un projet de bilan, établi sur la base d'un rapport de révision pour l'exercice 2014 non définitif remis par M. G\_\_\_\_\_, dans lequel le compte « fondateur » était créancier, ce qui avait provoqué un surendettement et conduit à son courrier à l'attention de l'ASFIP. Elle avait alors refait le travail en intégrant le compte « fondateur » aux fonds propres, de sorte que le surendettement de la fondation avait disparu.

c. À l'issue de l'audience, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 1er septembre 2017 pour leurs observations finales, après quoi la cause serait gardée à juger. 63) Le 21 août 2017, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de M. A\_\_\_\_\_. 64) Le 21 août 2017, L\_\_\_\_\_ a rendu son rapport sur le contrôle restreint de la fondation pour l'exercice 2015, émettant plusieurs réserves. Le prêt consenti à M. G\_\_\_\_\_ et les intérêts y relatifs n'avaient pas été remboursés, de même que le prêt en faveur de l'association, dont la relation directe avec le but de la fondation n'avait du reste pas été documentée ni justifiée.

De plus, aucune expertise d'évaluation d'un tiers compétent n'avait pu confirmer la valeur du logiciel remis en garantie de ces prêts.

Les comptes, joints, indiquaient un résultat négatif, de – CHF 31'705.14, le bilan mentionnant des titres par CHF 179'522.04 dans les actifs circulants. 65) Le 29 août 2017, la fondation a requis son appel en cause, de même que celui de son commissaire à titre personnel.

- 16/28 - A/4041/2016 66) Le 31 août 2017, M. A\_\_\_\_\_ a demandé à ce qu'il soit statué sur effet suspensif. 67) Par décision du 13 septembre 2017, le juge délégué a appelé en cause la fondation, soit pour elle M. C\_\_\_\_\_, considérant qu'elle était directement intéressée à l'issue du litige. Il lui a également imparti un délai au 22 septembre 2017 pour se déterminer sur le recours et fixé aux autres parties un délai au 29 septembre 2017, prolongé au 27 octobre 2017, pour leurs déterminations finales, après quoi la cause serait gardée à juger. 68) Le 18 septembre 2017, M. A\_\_\_\_\_ a requis l'audition de F\_\_\_\_\_ afin d'attester de l'existence d'une erreur comptable commise lors du premier exercice de la fondation. 69) Le 21 septembre 2017, le juge délégué lui a répondu qu'avec l'accord des parties, l'instruction, en particulier l'audition de témoins, était désormais close. 70) Le 22 septembre 2017, la fondation s'est déterminée, faisant siennes les observations et les conclusions de l'ASFIP, lesquelles relevaient les très graves manquements et les activités frauduleuses déployées par le conseil. 71) Le 28 septembre 2017, le juge délégué a invité les parties à lui faire parvenir leurs observations sur effet suspensif jusqu'au 4 octobre 2017. 72) Le 4 octobre 2017, l'ASFIP a conclu au refus de la restitution de l'effet suspensif au recours et à la confirmation de la décision entreprise, persistant dans les termes de ses précédentes écritures. 73) Le même jour, la fondation en a fait de même. 74) Par décision du 17 octobre 2017, la présidente de la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond. 75) Dans ses observations du 27 octobre 2017, l'ASFIP a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours, persistant dans les conclusions et les termes de ses précédentes écritures.

Elle avait constaté non seulement que les biens de la fondation n'avaient pas été utilisés en faveur de son but, conformément à la loi, mais également qu'ils avaient servi à l'enrichissement injustifié des membres du conseil, le conflit d'intérêts entre ceux-ci et la fondation étant patent et d'une importance non négligeable. La destitution des membres du conseil était la seule mesure permettant la sauvegarde des intérêts de la fondation et seule une personne extérieure était en mesure d'entreprendre, en toute indépendance, les démarches nécessaires pour obtenir le remboursement, voire le recouvrement des créances

- 17/28 - A/4041/2016 découlant des contrats de prêt et du salaire versé sans justification aux membres du conseil, au regard de leur responsabilité dans la mauvaise gestion de la fondation, de la violation grave et répétée des statuts et du dommage causé. 76) Le 31 octobre 2017, M. A\_\_\_\_\_ a également persisté dans les termes de ses précédentes écritures, sollicitant en outre la tenue d'une audience de plaidoiries ainsi que l'audition du gestionnaire de la fondation auprès de la banque dépositaire des titres, d'un membre de l'ASFIP et de F\_\_\_\_\_.

Dans son règlement du 9 décembre 2013, la fondation avait choisi d'appliquer une norme comptable internationale reconnue par le droit comptable suisse en créant un compte « fondateur », dès lors que pour ses trois premiers exercices, des dépôts fiduciaires avaient été

comptabilisés comme une donation en raison d'une erreur commise par l'organe de révision, qui n'avait pas fait le lien entre lui-même et le compte bancaire chiffré de provenance des fonds, alors même qu'il avait toujours été question de remettre ces titres en dépôt fiduciaire auprès de la fondation afin qu'elle puisse tacitement profiter de leur usufruit, sans qu'un tel contrat ne revête la forme écrite. Ayant été gravement malade à cette époque, il n'avait pas relevé l'erreur de F\_\_\_\_\_, étant précisé qu'il ressortait des documents bancaires que les titres remis en dépôt provenaient bien de son compte personnel, contrairement aux affirmations de l'ASFIP. Mis sous pression par l'ASFIP, qui n'avait toutefois réagi qu'en 2015, le conseil s'était dans un premier temps plié à ses exigences arbitraires, avant de se raviser, le compte « fondateur » étant le résultat de la correction d'une simple erreur comptable. Ce patrimoine spécial pouvait ainsi être géré séparément par le conseil et être affecté à la réalisation d'un projet particulier, comme le soutien à la création d'une loterie caritative visant un but d'utilité publique ou de bienfaisance. Dès lors que la fondation ne pouvait elle-même créer et gérer une telle loterie, l'association avait été fondée à cette fin, un prêt lui ayant été octroyé. Par la suite, le conseil s'était intéressé à la création d'un logiciel de jeu, qui avait été réalisé par le biais d'I\_\_\_\_\_ et de J\_\_\_\_\_ et devait être vendu pour rembourser les prêts consentis par la fondation et augmenter son capital. En définitive, ces deux prêts provenaient du patrimoine spécial de la fondation et avaient été accordés pour donner vie à un projet caritatif, en adéquation avec son but statutaire. La décision litigieuse contrevenait ainsi au principe de proportionnalité, le conseil n'ayant jamais violé ses engagements envers la fondation. Au demeurant, un commissaire aurait pu fonctionner en parallèle avec les membres du conseil, sans qu'il ne faille les révoquer. 77) Le 14 novembre 2017, le juge délégué a invité les parties à lui faire parvenir leur éventuelle réplique jusqu'au 17 novembre 2017. 78) Le 17 novembre 2017, M. A\_\_\_\_\_ a répliqué, persistant dans les termes de ses précédentes écritures. Il précisait que l'ampleur de l'activité de M. G\_\_\_\_\_, dont il connaissait la situation financière difficile, résultait des documents versés au dossier, son travail n'ayant pas été fictif. Aucun prêt ne lui avait du reste été

- 18/28 - A/4041/2016 directement consenti, mais bien d'une part à l'association et d'autre part à I\_\_\_\_\_. 79) Le 28 novembre 2017 a eu lieu une audience de plaidoiries, au cours de laquelle les parties ont persisté dans les conclusions et les termes de leurs écritures respectives. 80) Le 14 décembre 2017, le juge délégué a refusé d'ordonner l'appel en cause de l'association, la présente procédure ne la touchant que de manière médiate, sans affecter sa situation juridique. Au surplus, le président de l'association exerçait déjà ses droits de partie dans le cadre de la procédure, étant recourant.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours. 81) Sur quoi, la cause a été gardée à juger. 82) Le 27 décembre 2017, l'association a demandé la récusation du juge délégué. 83) Par décision du 3 septembre 2018, la délégation des juges de la Cour de justice a déclaré la demande de récusation irrecevable. EN DROIT 1)

Interjeté devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ – E 2 05 ; art. 32 let. b de la loi sur la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 14 octobre 2011 – LSFIP – E 1 16). 2) a. Le délai de recours contre une décision finale est de trente jours (art. 62 al. 1 let a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10) et court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 LPA). Lorsqu'une personne à qui une décision devait être notifiée ne l'a pas

reçue, sans sa faute, le délai de recours court du jour où cette personne a eu connaissance de la décision (art. 62 al. 6 LPA).

b. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant, ainsi que l'exposé des motifs et l'indication des moyens de preuve (art. 65 al. 1 et 2 LPA). La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

Compte tenu du caractère peu formaliste de l'art. 65 al. 1 LPA, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait qu'elles ne ressortent pas expressément de l'acte de recours

- 19/28 - A/4041/2016 n'est pas, en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/1025/2016 du 6 décembre 2016 ; ATA/52/2016 du 19 janvier 2016 ; ATA/1370/2015 du 21 décembre 2015).

c. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1628/2017 du 19 décembre 2017 ; ATA/467/2017 du 25 avril 2017). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/421/2017 du 11 avril 2017 et les références citées).

d. En l'espèce, bien que les conclusions du recourant ne le mentionnent pas expressément, l'on comprend de ses écritures qu'il conteste la décision de l'autorité intimée du 9 novembre 2016 ordonnant la destitution des membres du conseil et la révocation de leurs pouvoirs de représentation ainsi que la nomination d'un commissaire, et conclut à son annulation, étant précisé que les autres décisions invoquées dans son acte du 8 décembre 2016 ne font pas l'objet du recours. Par ailleurs, le recourant, qui allègue ne pas s'être vu notifier la décision litigieuse, en a néanmoins eu connaissance par un autre biais et a agi dans le délai requis. Il a en outre qualité pour recourir en tant que destinataire de la décision entreprise, laquelle prononce sa destitution du conseil (art. 60 al. 1 let. a LPA).

Il s'ensuit que le recours est recevable de ces points de vue également. 3)

Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, l'audition des témoins qu'il requerrait n'ayant pas été ordonnée.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat

lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1). Cette garantie constitutionnelle n'empêche pas l'autorité de mettre un

- 20/28 - A/4041/2016 terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 5.1).

b. En l'espèce, le recourant sollicite l'audition du gestionnaire de la fondation auprès de la banque dépositaire des titres, d'un membre de l'ASFIP et de l'ancien organe de révision.

Le dossier contient toutefois suffisamment d'éléments permettant à la chambre de céans de se prononcer, sans procéder aux auditions requises, étant précisé que M. G\_\_\_\_\_ et Mme R\_\_\_\_\_ ont été entendus durant la procédure et que lors de la comparution personnelle des parties du 29 mars 2017, le recourant a pu poser toutes les questions qu'il estimait nécessaires à l'autorité intimée, sans qu'il faille entendre un autre de ses représentants. L'audition du gestionnaire de la fondation auprès de la banque dépositaire des titres n'apparaît pas non plus nécessaire, dès lors que le recourant a versé au dossier plusieurs documents bancaires. Il en va de même de l'ancien organe de révision, la documentation nécessaire en lien avec les écritures comptables de la fondation figurant à la procédure.

Il s'ensuit qu'il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuves du recourant. 4) a. La fondation a pour objectif l'affectation de biens en faveur d'un but spécial (art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 – CC – RS 210). En tant qu'établissement, la fondation n'a ni membres, ni propriétaire mais des destinataires. Elle est en outre dépourvue du droit à l'autodétermination et ne peut de ce fait ni se dissoudre volontairement, ni modifier son but ou son organisation en dehors des cas prévus par la loi, ni disposer du patrimoine affecté à la fondation autrement que pour atteindre le but statutaire (Loïc PFISTER, *La fondation*, 2017, n. 249 ; Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], *Code civil I*, art. 1-359 CC, commentaire, 2010, ad art. 80 CC, n. 2).

b. L'acte de fondation indique les organes de celle-ci et son mode d'administration (art. 83 CC), soit, de par la loi, le conseil de fondation, qui est l'organe suprême et tient les livres de la fondation (art. 83a CC), et l'organe de révision (art. 83b CC).

Le conseil de fondation est un organe exécutif chargé d'appliquer la volonté du fondateur et d'administrer et d'organiser la fondation dans ce but. Il doit ainsi avant tout veiller à ce que les biens de la fondation servent à la réalisation du but statutaire (Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], *op. cit.*, ad art. 83 CC,

- 21/28 - A/4041/2016 n. 14). Il ne peut se contenter de thésauriser des biens ou d'amasser un capital sans le déposer ou l'investir mais doit veiller à ce que le patrimoine de la fondation soit effectivement alloué, directement ou indirectement, à son but. Il recherchera ainsi non seulement la réalisation d'objectifs concrets, mais aussi un véritable résultat, dont l'impact se mesurera en fonction de l'ensemble des facettes du but et non d'éléments financiers uniquement (Loïc PFISTER, *op. cit.*, n. 250).

Il est déduit de l'obligation faite à l'autorité de surveillance de pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination (art. 84 al. 2 CC) que le conseil de fondation place la fortune de la fondation en observant d'une manière générale

les principes de la sécurité, du rendement, de la liquidité, de la répartition des risques et de la conservation de la substance réelle. Ces principes doivent être appliqués en tenant compte de toutes les circonstances et de manière à assurer durablement le but de la fondation, dans le respect du principe de proportionnalité (ATF 124 III 97 consid. 2a et les références citées ; Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], op. cit., ad art. 83 CC, n. 26).

c. Le conseil de fondation doit également veiller à ce que la gestion de la fortune de la fondation réponde aux standards professionnels, notamment en prévenant les conflits d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts lorsqu'en raison de ses liens personnels ou de son activité professionnelle, un membre du conseil de fondation pourrait tirer un avantage d'une décision du conseil ou en faire profiter des personnes et institutions qui lui sont proches (Loïc PFISTER, op. cit., n. 272 ; Thomas SPRECHER/Philipp EGGGER/Georg von SCHNURBEIN, Swiss Foundation Code 2015, 2015, p. 66). En cas de conflit d'intérêts, l'obligation de fidélité implique la primauté des intérêts de la fondation sur ceux, personnels, du membre du conseil de fondation concerné (Loïc PFISTER, op. cit., n. 270 s). Une attention particulière doit être portée aux conflits d'intérêts dans les situations suivantes : choix des placements de la fortune, utilisation des biens de la fondation, sélection des projets et des bénéficiaires de la fondation, rapport avec des tiers qui ont des intérêts dans la fondation (fondateur, grand donateur, organisation qui poursuit un but coordonné, etc.), lorsqu'un membre (ancien ou actuel) du conseil de fondation exerce également une activité de mandataire pour la fondation ou encore lorsqu'il cumule plusieurs mandats ou fonctions (Loïc PFISTER, op. cit., n. 274). 5) a. Selon l'art. 84 al. 1 CC, les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. D'après l'art. 84 al. 2 CC, l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. L'autorité de surveillance doit s'assurer que les organes de la fondation agissent conformément à la loi, à l'acte de fondation, au règlement ou aux mœurs (ATF 108 II 499 consid. 5 ; 111 II 97 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_232/2010 du 16 septembre 2010 consid. 3.1.1).

- 22/28 - A/4041/2016

b. L'art. 230 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC – E 1 05) prévoit que l'autorité compétente en matière de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance est désignée par la LSFIP. Ainsi, aux termes de l'art. 1 LSFIP, cette surveillance est confiée à un établissement de droit public autonome, doté de la personnalité juridique, à savoir à l'ASFIP (art. 2 al. 1 LSFIP), qui exerce en particulier les compétences prévues par le CC (art. 3 let. b LSFIP).

c. Sur cette base, l'ASFIP a adopté le règlement sur la surveillance des fondations de droit civil et les institutions de prévoyance du 29 mars 2012 (RSFIP-Surv). Selon l'art. 2 RSFIP-Surv, l'ASFIP s'assure que les fondations se conforment aux dispositions légales ainsi qu'aux dispositions statutaires et réglementaires des entités surveillées et veille à ce que les biens de ces dernières soient employés conformément à leur but (al. 1). Elle examine les documents annuels des fondations et vérifie notamment (al. 2) : l'organisation (let. a) ; l'utilisation de la fortune conformément au but (let. b) ; la conformité aux statuts, à la législation, aux règlements et aux autres actes édictés par les entités surveillées (let. c). L'art. 13 RSFIP-Surv prévoit que la fortune doit être utilisée conformément au but de la fondation (al. 1). Le placement de la fortune doit satisfaire aux exigences de sécurité, tout en assurant un rendement raisonnable, garantir une répartition appropriée des risques et

couvrir les besoins en liquidités (al. 2).

Selon l'art. 12 RSFIP-Surv, les fondations sont tenues de remettre à l'ASFIP dans les six mois qui suivent la clôture de chaque exercice annuel (al. 1) : les états financiers annuels, composés du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe (let. a) ; le rapport de l'organe de révision (let. b) ; le rapport annuel d'activité (let. c) ; le procès-verbal de la séance de l'organe suprême approuvant les états financiers annuels (let. d). L'annexe aux comptes annuels est obligatoire et doit contenir au moins les informations notamment sur (al. 2) : les mesures prises en cas de surendettement et d'insolvabilité (let. c) ; les événements importants postérieurs à la date du bilan (let. d). L'ASFIP peut en tout temps demander des informations et documents supplémentaires (al. 4). Les fondations doivent remettre les documents requis par l'ASFIP dans les délais exigés. Passé ce délai, une procédure de rappel peut être déclenchée, l'ASFIP pouvant toutefois, sur demande écrite, motivée et signée par les représentants autorisés de la fondation, accorder une prolongation de ce délai (art. 7 RSFIP-Surv).

d. Dans le cadre de son pouvoir de surveillance, l'ASFIP dispose d'une large palette de mesures préventives et répressives (ATF 126 III 499 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_232/2010 précité consid. 3.1.2). Les mesures préventives comprennent les recommandations, l'obligation de rendre régulièrement un rapport de gestion, voire d'autres documents. Quant aux mesures répressives, il s'agit de l'annulation des décisions prises par les organes, d'instructions,

- 23/28 - A/4041/2016 d'avertissements, d'amendes ou de la révocation des organes (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_232/2010 précité consid. 3.1.2 ; 5A\_274/2008 du 19 janvier 2009 consid. 5.1). Ces mesures sont concrétisées à l'art. 3 RSFIP-Surv.

e. Si l'autorité de surveillance jouit d'une grande liberté d'appréciation dans le choix de la mesure, elle n'en est pas moins tenue de respecter les principes généraux régissant l'activité administrative, parmi lesquels celui de la proportionnalité et de la subsidiarité. La révocation d'un organe est une mesure grave qui n'entre en considération que lorsqu'il y a un danger concret que les biens de la fondation ne soient pas utilisés conformément à leur destination et qu'une mesure moins rigoureuse ne permette pas d'atteindre le but recherché (ATF 105 II 321 consid. 5a ; 112 II 471 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_232/2010 précité consid. 3.1.2). 6) a. En l'espèce, le recourant conteste l'existence de manquements dans la gestion de la fondation propres à justifier l'intervention de l'ASFIP, qui a conduit à sa destitution ainsi qu'à celle des autres membres du conseil et à la nomination d'un commissaire.

b. La fondation a été constituée par le recourant et deux autres personnes le 11 mars 2010 dans le but d'effectuer des dons en faveur de projets humanitaires initiés dans le canton de Genève et liés à l'aide au développement en faveur des populations démunies (art. 2 des statuts). Ce but a été reconnu d'utilité publique et a donné lieu à une décision d'exonération fiscale rendue par l'AFC-GE le 27 août 2010.

Aux fins de réaliser son but, un capital de dotation de CHF 20'000.- a été affecté à la fondation lors de sa constitution (art. 5 des statuts), ses ressources provenant de dotations, subventions et donations ainsi que des intérêts du capital, étant précisé que la fondation peut accepter tous dons, héritages ou legs sans conditions (art. 6 des statuts). Il ressort des comptes de l'exercice 2010 qu'outre le capital de dotation de CHF 20'000.- affecté aux fonds propres, la fondation a reçu des dons par CHF 701'503.01 et n'a plus rien reçu par la

suite.

c. Selon le recourant, le montant de CHF 701'503.01 n'aurait pas été donné à la fondation et n'a été comptabilisé comme tel qu'en raison d'une erreur de l'organe de révision, qui n'a été découverte qu'en 2013 et a conduit à l'adoption d'un règlement spécifique le 9 décembre 2013 créditant cet apport sur un compte « fondateur ».

Ces explications ne sont pas crédibles. En effet, les comptes de l'exercice 2010 mentionnent expressément la rubrique « dons reçus » dans le compte de résultat, dans lequel figure le montant susmentionné, et n'indiquent aucun poste permettant d'admettre l'existence d'une remise en jouissance seulement de la somme en question. Bien que seul M. G\_\_\_\_\_, et non le recourant, ait signé ces

- 24/28 - A/4041/2016 comptes, ils n'en ont pas moins été approuvés par ce dernier le 18 mai 2011. Il en va de même des comptes de l'exercice 2011, signés par le recourant le 9 octobre 2012 et approuvés par le conseil le 2 novembre 2012, qui, bien que ne mentionnant aucun don reçu durant l'année, comportent un comparatif avec l'exercice précédent, et n'indiquent aucun montant remis en usufruit à la fondation, tout comme d'ailleurs les comptes 2012, approuvés par le conseil le

## **E. 26**

juin 2013 et signés par le recourant le 27 juin 2013. Dans ces circonstances, l'existence d'une erreur qui n'aurait été découverte qu'en 2013 ne saurait être admise, contrairement à ce que soutient le recourant.

À cet égard, les documents bancaires versés au dossier ne sont pas probants et ne permettent pas davantage d'admettre que les titres versés sur le compte de la fondation n'auraient été remis à cette dernière qu'à titre fiduciaire, même si seul l'avis de crédit du 23 novembre 2010, d'un montant de CHF 47'710.85 en provenance d'« un de nos clients », comporte la mention « donation A\_\_\_\_\_ ». Au demeurant, aucun contrat de fiducie ou de remise en usufruit des biens du recourant en faveur de la fondation ni aucune autre pièce documentant un tel accord n'a été produit, les statuts ne mentionnant pas non plus l'existence d'une telle possibilité.

La création du compte « fondateur » et l'affectation à celui-ci de ce qu'il restait du montant initial de CHF 701'503.01 en 2013 constitue ainsi une rétrocession des biens de la fondation au recourant, ce qui ne saurait être admis, étant précisé que, même si les statuts ne prohibent une telle pratique qu'en cas de liquidation de la fondation, il en va a fortiori de même durant son existence, sous peine de rendre l'art. 19.4 des statuts inopérant. Le recourant ne saurait dès lors se retrancher derrière les normes comptables qu'il invoque pour justifier une telle pratique.

Le fait que l'autorité intimée ne soit intervenue qu'en 2015 n'apparaît pas déterminant et ne saurait valoir approbation de ce procédé, ce d'autant que, dans son courrier du 10 juillet 2015, elle a annulé la décision du conseil du 9 décembre 2013 et convoqué ses membres à une séance, qui s'est tenue le 14 octobre 2015, au cours de laquelle le recourant a notamment été invité à annuler l'attribution du montant de CHF 345'883.62 au compte « fondateur ».

Il en résulte que, contrairement aux affirmations du recourant, ces fonds ne pouvaient être utilisés à sa guise, mais devaient être affectés à l'unique but de la fondation.

d. Le recourant soutient toutefois que tel a été le cas, tant le salaire versé à M. G\_\_\_\_\_ que les prêts consentis ayant été utilisés à cette fin.

Lors de sa création, la fondation a employé M. G\_\_\_\_\_ afin d'accomplir des démarches susceptibles d'encourager des dons, des subventions et des

- 25/28 - A/4041/2016 allocations liés à son activité, l'intéressé ayant perçu à cette fin un salaire annuel brut de CHF 120'000.- durant l'exercice 2010 puis de CHF 60'000.- durant l'exercice 2011. Il ressort cependant des rapports annuels d'activité de la fondation que celle-ci, contrairement à son but statutaire, n'a versé aucun don en 2010, 2011, 2012 et 2013, au motif qu'aucun projet valable ne lui avait été présenté. Les quelques démarches entreprises par M. G\_\_\_\_\_, conformément aux documents produits par le recourant, ne sauraient en particulier justifier un tel salaire, M. A\_\_\_\_\_ ayant d'ailleurs expliqué devant la chambre de céans, avant de se rétracter dans ses déterminations subséquentes, qu'il avait par-là voulu aider son associé à « faire face à son endettement ». Il apparaît ainsi que le salaire versé à M. G\_\_\_\_\_ visait bien plus à le faire bénéficier d'un avantage économique qu'à réaliser les buts de la fondation.

Il en va de même des deux prêts octroyés, l'un d'un montant de CHF 200'000.- à l'association, l'autre, de CHF 150'000.-, à I\_\_\_\_\_. Bien qu'apparaissant formellement consentis à des entités distinctes de la fondation et des membres de son conseil, ces libéralités n'en ont pas moins fait naître un conflit d'intérêts, dès lors que le recourant et M. G\_\_\_\_\_ ont fondé l'association, dont le premier nommé est le président et le deuxième au bénéfice d'une procuration, ce dernier étant également l'animateur d'I\_\_\_\_\_ et l'ancien administrateur de J\_\_\_\_\_, radiée du RC en 2015.

À cela s'ajoute l'absence d'identité de but entre ces entités et la fondation, leurs activités étant sans lien avec cette dernière. En effet, même si la fondation et l'association ont un but caritatif, ce seul élément ne saurait valoir identité de but, au regard des statuts de chacune de ces deux entités, étant précisé que la demande déposée par l'association auprès du PCTN visait à l'organisation d'une loterie en vue du financement de bourses d'études pour étudiants étrangers. D'ailleurs, l'activité de l'association a également subi plusieurs modifications, au gré des réponses données au conseil par ses différents interlocuteurs, passant d'un projet de loterie à Malte, à l'organisation d'une loterie à Genève puis à la participation collective par un groupement de joueurs à des loteries préexistantes. Ainsi, le prêt effectué en faveur de l'association, au demeurant sans intérêt et transformé en don par la suite à défaut de remboursement, n'est pas conforme au but de la fondation, à laquelle il a causé une perte de CHF 186'000.-, comme l'indique la provision y relative dans les comptes de l'exercice 2012.

Le prêt consenti par le biais d'I\_\_\_\_\_ à M. G\_\_\_\_\_, dont la situation financière obérée était connue du recourant, n'est pas davantage conforme au but de la fondation, qui vise à effectuer des dons en faveur de projets humanitaires et liés à l'aide au développement des populations démunies, ce d'autant que les explications fournies en vue de l'affectation du montant remis en prêt ont varié durant la procédure, passant de la capitalisation de J\_\_\_\_\_ selon les déclarations de M. G\_\_\_\_\_ à des facilités d'obtention, dans le cadre du développement du

- 26/28 - A/4041/2016 logiciel, de cartes de crédit et d'autres possibilités financières selon celles du recourant. S'y ajoute la complexité de la structure mise en place avec l'intervention de trois sociétés, dont deux sises au Delaware, sans qu'un tel montage ait reçu

d'explication plausible. Mis à part un montant de CHF 3'000.-, ce prêt n'a jamais été remboursé, aucun intérêt n'ayant été payé, contrairement aux termes du contrat du 5 mars 2013, ce qui a causé une perte à la fondation de CHF 147'000.-, comme l'indique la provision y relative figurant dans les comptes de l'exercice 2013.

Quant à l'allégation selon laquelle un logiciel a été remis à la fondation en garantie de ces deux prêts, elle n'est pas crédible et ne trouve aucun fondement au dossier, étant précisé que l'attestation du 27 mars 2015 fournie par le recourant, qui indique qu'il a reçu la disquette contenant le logiciel, ne constitue pas un élément probant. En outre, la facture d'O\_\_\_\_\_ du 24 juillet 2014, d'un montant de CHF 27'786.25, se limite à mentionner la création, pour J\_\_\_\_\_, d'une application web pour un jeu en ligne et son support. En tout état de cause, malgré les engagements répétés du recourant pour l'évaluation du logiciel, celle-ci n'a jamais eu lieu, ce que relève d'ailleurs également le rapport de l'organe de révision du 18 novembre 2015.

La gestion des biens de la fondation par le recourant et les autres membres du conseil a ainsi conduit à des pertes patrimoniales considérables depuis sa constitution, sans que son but ait jamais été atteint. Ce faisant, les intéressés n'ont pas œuvré dans l'intérêt de la fondation et de ses bénéficiaires statutaires, mais en fonction de leurs intérêts personnels, agissant contrairement aux statuts et aux dispositions légales applicables.

e. À cela s'ajoute que, malgré une prolongation de délai accordée le 8 juillet 2016, le conseil n'a pas remis à l'autorité intimée les documents de l'exercice 2015 avant le 30 septembre 2016, indiquant même que la fondation n'était pas en état de surendettement, ce qui s'est pourtant révélé être le cas, comme l'a indiqué le 27 juillet 2016 l'organe de révision.

f. Face à ces éléments, l'autorité intimée n'avait d'autre choix que d'intervenir en vue de sauvegarder le patrimoine de la fondation afin que son but puisse être atteint. 7)

Dans ce cadre, le recourant allègue que la destitution des membres du conseil et la nomination d'un commissaire ne respecte pas le principe de proportionnalité, d'autres mesures, comme un fonctionnement en parallèle du conseil et du commissaire, ayant pu être ordonnées.

Le recourant perd toutefois de vue que les manquements ci-dessus constatés justifiaient déjà sa destitution ainsi que celle des autres membres du conseil, sans

- 27/28 - A/4041/2016 qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la nécessité d'un fonctionnement en parallèle avec un commissaire.

À ces éléments s'en ajoutent encore d'autres. En effet, suite à la séance entre les membres du conseil et l'autorité intimée le 14 octobre 2015, au cours de laquelle l'ASFIP les a invités à procéder à une modification des comptes de la fondation en corrigeant les fonds étrangers et propres en lien avec le compte « fondateur », l'organe de révision alors en place a rectifié en conséquence les comptes de l'exercice 2014. Un terme ayant été mis au mandat de F\_\_\_\_\_, un nouvel organe de révision a établi les comptes de l'exercice suivant. Il est toutefois apparu que, ce faisant, L\_\_\_\_\_ s'était vu remettre les comptes 2014 non rectifiés, comme elle l'a par la suite indiqué à l'ASFIP le 14 octobre 2016 et confirmé devant la chambre de céans par la voix de Mme R\_\_\_\_\_, ce qui a conduit à une situation de surendettement. Ce faisant, les membres du conseil ont voulu faire fi des injonctions de l'ASFIP, en maintenant le compte « fondateur » et en manipulant l'organe de révision

nouvellement institué. Ils n'ont, par la suite, pas cessé d'insister sur le fait que les fonds du compte « fondateur » appartenaient au recourant, qui était habilité à en disposer à sa guise.

Dans ces circonstances, la destitution de l'ensemble des membres du conseil et la révocation de leurs pouvoirs de représentation se justifiait pleinement afin de sauvegarder le patrimoine de la fondation et d'assurer que ses biens soient utilisés conformément à leur destination, une mesure moins incisive n'étant pas envisageable en vue d'atteindre ce but.  
8)

Il s'ensuit que le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté. 9)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA), l'autorité intimée disposant de son propre service juridique et l'appelée en cause n'ayant pas présenté de demande dans ce sens.

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.